

TESIS DOCTORAL

**LA ESTABILIDAD EN EL  
EMPLEO:  
LA PREVENCIÓN FRENTE A  
LA CONTINGENCIA DEL  
PARO**

—

**UN ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA  
DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS  
ECONÓMICO DEL DERECHO**

**IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ**

**DIRECTORA**

**DRA. CAROLINA GALA DURÁN**

**ESADE - UNIVERSITAT RAMON LLULL – URL**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**- 2008 -**



**~ VOLUMEN I ~**



# LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: LA PREVENCIÓN FRENTE A LA CONTINGENCIA DEL PARO

—

## UN ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Índice.	i
Índice de Abreviaturas.	xiii
<b>INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.</b>	xvii
<b>PRIMERA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.</b>	
CAPÍTULO I.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.	1
A.- <i>La estabilidad en el empleo: definición.</i>	1
B.- <i>Cuestiones propedéuticas y especificación del objeto de estudio: en especial, la desvinculación de la “dimensión temporal” de la conceptualización de la estabilidad en el empleo.</i>	11
I.- <i>Primera delimitación del objeto de estudio: compatibilidad de la estabilidad en el empleo con la posibilidad de someter el contrato a un término.</i>	11
II.- <i>‘Otras’ delimitaciones del objeto de estudio.</i>	32
III.- <i>Recapitulación.</i>	35
CAPÍTULO II.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.	37
CAPÍTULO III.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO ‘PRINCIPIO’ VERTEBRADOR DEL DERECHO DEL TRABAJO.	49
A.- <i>Caracteres de un ‘principio’ y la función directiva, interpretativa, integradora y constructiva del principio de estabilidad en el empleo.</i>	52
B.- <i>La conformación de la estabilidad en el empleo como ‘principio’ vertebrador del Derecho del Trabajo español: del régimen liberal al sistema democrático de relaciones laborales – nacimiento y consolidación de un ‘principio’.</i>	58
I.- <i>La lógica liberal y primeras manifestaciones jurídicas dirigidas a la conservación del negocio jurídico en las relaciones de trabajo.</i>	62
1.- <i>Premisa de partida: provisionalidad del vínculo como paradigma de las relaciones contractuales, extinción del contrato y el sistema de responsabilidad por culpa y el desempleo como problema irresoluble.</i>	63

2.- <i>La legislación liberal y las primeras manifestaciones de la protección del empleo.</i>	75
2.1.- <i>El preaviso en el contrato indefinido.</i>	77
2.2.- <i>Los contratos de duración determinada, la exigencia de justa causa para resolver y su concepción restrictiva.</i>	82
2.3.- <i>La limitación temporal del período de prueba.</i>	84
2.4.- <i>La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por accidente de trabajo.</i>	85
2.5.- <i>La creación de los Tribunales Industriales.</i>	88
2.6.- <i>Recapitulación.</i>	90
3.- <i>El Real Decreto 22 de julio 1928: primera manifestación de la protección del empleo a través del derecho de los contratos y de las obligaciones.</i>	91
3.1.- <i>Aspectos generales de una reforma procesal.</i>	92
3.2.- <i>La readmisión como proyección del principio de estabilidad en el empleo.</i>	95
3.3.- <i>Recapitulación.</i>	99
II.- <i>La estabilidad en el empleo como principio vertebrador del Derecho del Trabajo: 1931 a 1936.</i>	103
1.- <i>Primera etapa, la extinción del contrato como última alternativa de un conflicto insuperable: La Ley del Contrato de Trabajo y la Ley de Jurados Mixtos de 1931.</i>	108
1.1.- <i>Consideraciones generales de la reforma procesal y sustantiva de 1931.</i>	108
1.2.- <i>Las manifestaciones jurídico-positivas del principio de estabilidad en el empleo en la legislación republicana de 1931.</i>	113
1.2.1.- <i>La continuidad del contrato pese a la nulidad parcial.</i>	114
1.2.2.- <i>Continuidad de la relación de trabajo pese al cambio de empresario y el ejercicio del ius variandi del empresario.</i>	116
1.2.3.- <i>La suspensión de la relación de trabajo como reacción frente a los riesgos que ponen en peligro la continuidad del negocio jurídico.</i>	121
1.2.4.- <i>La extensión del sistema de extinción causal liberal a los contratos de duración indefinida.</i>	127
1.2.5.- <i>La excesiva onerosidad como nueva causa resolutoria: la 'empresa' como fuente de empleo.</i>	130
1.2.6.- <i>La responsabilidad por riesgo del empresario por la extinción inimputable del contrato de trabajo.</i>	135
1.2.7.- <i>Novedades procesales en la extinción del contrato y la estabilidad en el empleo.</i>	137
1.2.8.- <i>La tácita reconducción en los contratos de duración determinada.</i>	139
1.3.- <i>Recapitulación.</i>	140
2.- <i>Segunda Etapa: el paro como problema jurídico-público y la intervención del Estado.</i>	141
2.1.- <i>En incremento del paro como factor precipitante de los cambios legislativos.</i>	141
2.2.- <i>La adopción de medidas extraordinarias de contención del empleo.</i>	145
2.2.1.- <i>Resolución del contrato injustificada y readmisión forzosa: crónica de un fracaso anunciado.</i>	148
2.2.2.- <i>La limitación de la facultad resolutoria empresarial a través de la intervención previa y la modificación del contrato como alternativa a la resolución del contrato.</i>	150
3.- <i>Recapitulación.</i>	164
III.- <i>El principio de estabilidad y las fluctuaciones del ciclo económico: del franquismo al TRET.</i>	166
1.- <i>El franquismo, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.</i>	167
2.- <i>La transición y los inicios del período democrático, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.</i>	178

3.- <i>La reforma del mercado de trabajo de 1994, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.</i>	188
4.- <i>Recapitulación.</i>	196
IV.- <i>El principio de estabilidad en el empleo ante el reconocimiento de los derechos fundamentales.</i>	197
C.- <i>Recapitulación.</i>	202
CAPÍTULO IV.- LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRET Y, EN ESPECIAL, LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO ÚLTIMA FRONTERA DE LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.	205
A.- <i>Parámetros para una propuesta sistematizadora de los institutos que promueven la estabilidad en el empleo.</i>	208
I.- <i>Fundamentación dogmática de las vicisitudes contractuales derivadas de la alteración sobrevinida de las circunstancias.</i>	208
1.- <i>El incumplimiento contractual imputable: concepción restrictiva de un motivo de ineficacia contractual y la estabilidad en el empleo.</i>	210
2.- <i>La excesiva onerosidad sobrevinida: fundamento de la alteración de lo pactado por parte del empresario y del trabajador en aras a la estabilidad en el empleo.</i>	214
2.1.- <i>Planteamiento de una larga discusión.</i>	214
2.2.- <i>Conceptuación de la excesiva onerosidad sobrevinida.</i>	220
2.2.1.- <i>Primer enfoque: concepción de la excesiva onerosidad a partir de sus elementos definidores esenciales y diferencias con la imposibilidad objetiva.</i>	220
2.2.2.- <i>Segundo enfoque: concepción de la excesiva onerosidad a partir de la revisión de las objeciones que se oponen a su validez como fundamento dogmático aplicable al contrato de trabajo.</i>	230
2.2.2.1.- <i>Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad como mero quebranto monetario”.</i>	231
2.2.2.2.- <i>Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad sólo responde a situaciones de crisis”.</i>	240
2.2.3.- <i>Tercer enfoque: concepción de la excesiva onerosidad sobrevinida y el marco constitucional.</i>	250
2.2.4.- <i>Recapitulación.</i>	259
2.3.- <i>Crítica a las tesis alternativas a la excesiva onerosidad.</i>	260
2.3.1.- <i>Crítica a la teoría de la cláusula ‘rebus sic stantibus’.</i>	261
2.3.2.- <i>Crítica a la teoría del riesgo imprevisible.</i>	262
2.3.3.- <i>Crítica a la teoría de la imposibilidad objetiva impropia.</i>	263
2.3.4.- <i>Crítica a la teoría de la base del negocio.</i>	264
2.3.5.- <i>Crítica a las teorías basadas en la propia lógica de Derecho del Trabajo.</i>	266
2.3.5.1.- <i>Crítica a la calificación de las facultades empresariales como un ‘poder’.</i>	268
2.3.5.1.1.- <i>Objeciones genéricas.</i>	269
2.3.5.1.2.- <i>Objeciones específicas.</i>	274
a.- <i>Crítica a la existencia de un ‘poder extintivo’.</i>	274
b.- <i>Crítica a la existencia de un ‘poder suspensivo’ (por causas de empresa).</i>	285
c.- <i>Crítica a la existencia de un poder modificadorio.</i>	286
2.3.5.2.- <i>Crítica a la teoría de la ‘autotutela privada’.</i>	288
2.4.- <i>Recapitulación.</i>	292
3.- <i>La imposibilidad objetiva sobrevinida y el principio de estabilidad en el empleo.</i>	293
3.1.- <i>La imposibilidad objetiva como un supuesto de ineficacia contractual.</i>	293
3.2.- <i>Imposibilidad objetiva y la estabilidad en el empleo.</i>	297

4.- La estabilidad en el empleo en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.	300
5.- La libertad de empresa como fundamento para sustraerse de lo pactado.	303
6.- Recapitulación.	305
II.- Categorización de las medidas para hacer frente a los factores de inestabilidad.	307
1.- La ‘modificación’ sobrevenida de lo pactado.	307
2.- La resolución excepcionada con carácter temporal.	309
3.- La acotación de la ineficacia contractual sobrevenida.	316
4.- La intervención pública previa.	318
4.1.- La intervención administrativa previa.	319
4.1.1.- Naturaleza y fundamento de la intervención administrativa.	322
4.1.2.- Capacidad valorativa de la Administración: el control de la acción administrativa.	326
4.2.- La intervención judicial previa.	335
4.3.- La idoneidad de la autorización previa como mecanismo de prevención del desempleo.	336
III.- Recapitulación.	339
B.- Análisis sistematizado de las manifestaciones positivizadas de la estabilidad en el empleo en el régimen jurídico actual.	343
I.- Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la ‘modificación’ de lo pactado.	344
1.- La modificación por excesiva onerosidad sobrevenida.	345
1.1.- Facultades de modificación unilateral del empresario	345
1.1.1.- El ‘ius variandi’.	347
1.1.2.- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.	358
1.1.2.1.- Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ ante la modificación unilateral del contrato.	360
1.1.2.1.1.- Condiciones de trabajo modificables.	363
1.1.2.1.2.- Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.	369
1.1.2.1.3.- Procedimentalización de la modificación sustancial de las condiciones.	375
a.- El papel de la autonomía individual y colectiva en la regulación de la procedimentalización: en especial, la discutible legalidad de las ‘cláusulas de reserva de modificación’.	380
1.1.2.1.4.- Facultad resolutoria del trabajador ante la modificación sustancial (remisión).	387
1.1.2.1.5.- Control judicial de la decisión empresarial.	388
1.1.3.- La movilidad geográfica.	391
1.1.3.1.- Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ frente a la movilidad geográfica.	393
1.1.3.1.1.- Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.	394
1.1.3.1.2.- Cambio de residencia.	394
1.1.3.1.3.- Procedimentalización de la movilidad geográfica.	397
a.- El papel de la negociación colectiva en la regulación de la procedimentalización.	400
1.1.3.1.4.- El control judicial de la decisión empresarial.	404
1.1.3.1.5.- La facultad administrativa de suspender la decisión empresarial de traslado.	406
1.1.3.1.6.- Facultad resolutoria del trabajador ante la decisión empresarial de traslado (remisión).	407
1.1.3.1.7.- Traslado que afecte a la ‘totalidad del centro de trabajo’.	407
1.1.4.- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través de un expediente de regulación de empleo.	409



1.2.- <i>Facultades de modificación unilateral del trabajador.</i>	417
1.2.1.- <i>La reducción de jornada por motivos familiares.</i>	418
1.2.1.1.- <i>Condicionantes legales para el ejercicio legítimo de la reducción de jornada.</i>	424
1.2.1.2.- <i>El papel de la negociación colectiva en la mejora de la legalidad vigente.</i>	428
1.2.2.- <i>Las víctimas de violencia de género y la modificación sobrevenida de lo pactado.</i>	433
1.2.3.- <i>El derecho de traslado del consorte.</i>	442
1.2.4.- <i>La modificación motivada por la formación profesional.</i>	446
2.- <i>La ‘modificación’ en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.</i>	451
2.1.- <i>La ‘modificación’ ‘ab initio’ por contener cláusulas nulas.</i>	451
2.2.- <i>La subrogación ‘ope legis’.</i>	453
2.2.1.- <i>Los elementos que condicionan la aplicación del art. 44 TRET.</i>	461
2.2.1.1.- <i>Elemento subjetivo: el cambio de titularidad de la empresa.</i>	462
2.2.1.2.- <i>Elemento objetivo: transmisión de una entidad económica.</i>	465
2.2.1.2.1.- <i>La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia comunitaria.</i>	469
2.2.1.2.2.- <i>La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia y en la doctrina judicial nacional.</i>	471
2.2.2.- <i>Supuestos de transmisión de empresa ‘especiales’.</i>	477
2.2.2.1.- <i>La muerte, la incapacidad o la jubilación del empresario como supuestos de transmisión de empresa (Remisión).</i>	477
2.2.2.2.- <i>Sucesión de empresa derivada de la extinción de la personalidad jurídica del empresario: la fusión de sociedades.</i>	478
2.2.2.3.- <i>Transmisión de empresas incursas en procedimientos concursales.</i>	479
2.3.- <i>La alteración de lo pactado por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses.</i>	483
2.3.1.- <i>Descripción del riesgo y medidas preventivas para evitarlo (incluida la suspensión).</i>	484
2.3.2.- <i>Negociación colectiva y la alteración del contenido del contrato en situaciones de riesgo durante el embarazo.</i>	490
2.4.- <i>La renovación de los contratos de duración determinada.</i>	491
3.- <i>Recapitulación.</i>	493
II.- <i>Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la excepción temporal del juego resolutorio.</i>	501
1.- <i>La suspensión por excesiva onerosidad sobrevenida.</i>	502
1.1.- <i>Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el empresario: la suspensión por ‘causas de empresa’.</i>	502
1.1.1.- <i>El desequilibrio contractual exigible para suspender la relación de trabajo por ‘causas de empresa’.</i>	505
1.1.2.- <i>Procedimentalización de la suspensión por ‘causas de empresa’.</i>	511
1.1.3.- <i>Efectos de la suspensión sin la preceptiva autorización y de la revocación de la autorización en la vía administrativa o judicial.</i>	519
1.2.- <i>Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el trabajador y la suspensión de la relación de trabajo.</i>	522
1.2.1.- <i>Suspensión de la relación de trabajo por maternidad (más allá del puerperio) y por paternidad.</i>	522
1.2.1.1.- <i>Breve exposición de su fundamentación dogmática.</i>	522
1.2.1.2.- <i>La suspensión de la relación de trabajo por maternidad.</i>	525
1.2.1.2.1.- <i>La suspensión por maternidad biológica (y la ‘suspensión por paternidad derivada’).</i>	526
a.- <i>La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento de la madre.</i>	532
b.- <i>La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento del hijo.</i>	533
1.2.1.2.2.- <i>La suspensión por maternidad en caso de adopción y acogimiento.</i>	535
1.2.1.2.3.- <i>La suspensión por maternidad a tiempo parcial.</i>	540
1.2.1.2.4.- <i>Negociación colectiva y suspensión de la relación de trabajo por maternidad.</i>	542
1.2.1.3.- <i>La suspensión de la relación de trabajo por paternidad.</i>	543
1.2.1.4.- <i>Valoración (crítica) de la reforma operada por la LO 3/2007.</i>	544
1.2.2.- <i>Suspensión de la relación de trabajo por cuidado de familiares.</i>	547

1.2.2.1.- Definición y breve exposición de su fundamentación dogmática.	547
1.2.2.2.- Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión.	549
1.2.2.3.- Negociación colectiva y suspensión por cuidado de familiares.	553
1.2.3.- La suspensión de la relación de trabajo motivada por la violencia de género.	556
1.2.3.1.- Definición y breve exposición de la fundamentación dogmática.	556
1.2.3.2.- Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión.	556
1.2.3.3.- Negociación colectiva y suspensión por violencia de género.	558
1.2.4.- Suspensión para la formación o perfeccionamiento profesional.	559
2.- La suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva.	561
2.1.- Nota aclaratoria relativa a la suspensión por privación de libertad y por maternidad.	562
2.2.- Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el empresario: la suspensión por fuerza mayor.	562
2.3.- Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el trabajador: la suspensión por incapacidad temporal y por incapacidad permanente con previsible mejoría.	566
2.3.1.- La independencia sustantiva de la suspensión por incapacidad temporal prevista en el TRET con respecto a lo previsto en el Derecho de la Seguridad Social y su repercusión en la protección del empleo.	567
2.3.2.- La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal: condicionantes para su reconocimiento.	570
2.3.2.1.- Asistencia sanitaria.	571
2.3.2.2.- Imposibilidad para el trabajo.	572
2.3.2.3.- Temporalidad de la imposibilidad para el trabajo: régimen jurídico de la duración de la incapacidad temporal.	575
2.3.2.3.1.- Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador con derecho al subsidio por incapacidad temporal.	576
a.- Alta médica sin propuesta de declaración de incapacidad permanente.	579
b.- Alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente.	580
c.- Alta médica por agotamiento del plazo.	581
2.3.2.3.2.- Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador sin derecho al subsidio por incapacidad temporal.	583
2.3.3.- Efectos suspensivos de la incapacidad permanente.	586
3.- La suspensión por incumplimiento imputable: la suspensión de la relación de trabajo por motivos disciplinarios.	593
4.- La suspensión ‘ope legis’.	598
4.1.- La suspensión como elemento imprescindible para el ejercicio material de derechos fundamentales.	598
4.1.1.- La huelga como causa suspensiva.	598
4.1.2.- La suspensión de la relación laboral por el ejercicio de cargo representativo.	605
4.1.3.- La suspensión de la relación laboral por el ejercicio de un cargo sindical.	611
4.1.4.- La suspensión de la relación de contrato por privación de libertad mientras no haya sentencia condenatoria.	614
4.2.- La suspensión por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (remisión)	618
5.- Recapitulación.	619
C.- Acotación de la ineficacia contractual como manifestación privilegiada de la conservación del negocio jurídico y como última frontera ante la ‘movilidad externa’.	627
I.- La ineficacia por resolución.	629
1.- El despido y la estabilidad en el empleo.	629
1.1.- El despido como incumplimiento grave y culpable: evolución histórica de la adaptación de	631

<i>la lógica resolutoria ex art. 1124 CC al Derecho del Trabajo.</i>	
1.1.1.- <i>El régimen del despido de los ‘asalariados’ en el Código Civil.</i>	631
1.1.1.1.- <i>El régimen resolutorio común para los ‘asalariados’ (ex art. 1586 CC).</i>	631
1.1.1.1.1.- <i>La resolución por incumplimiento grave y culpable: el despido.</i>	631
1.1.1.1.2.- <i>Los efectos del despido. Especial referencia a la distinción entre la indemnización de daños y perjuicios y la prestación por equivalente; y su tratamiento procesal en la LEC de 1881 y en la Ley de Tribunales Industriales 1908 y de 1912.</i>	635
1.1.1.2.- <i>El régimen resolutorio especial para los ‘empleados domésticos’ y para los ‘auxiliares del comerciante’ (en el Código de Comercio).</i>	641
1.1.2.- <i>El régimen del despido en el Código de Trabajo de 1926.</i>	643
1.1.3.- <i>El régimen del despido y los Comités Paritarios.</i>	647
1.1.3.1.- <i>El despido injustificado y la readmisión.</i>	648
1.1.3.2.- <i>La indemnización como prestación por equivalente y el control de la discrecionalidad del juzgador.</i>	649
1.1.3.2.1.- <i>Naturaleza jurídica de la indemnización por despido sin justa causa.</i>	649
1.1.3.2.2.- <i>La limitación del importe de la indemnización.</i>	655
1.1.3.3.- <i>La responsabilidad por mora del empresario.</i>	657
1.1.4.- <i>El despido en la II República.</i>	659
1.1.4.1.- <i>Las causas justificativas del despido.</i>	662
1.1.4.1.1.- <i>Mención especial a la extinción del contrato por ineptitud.</i>	664
1.1.4.2.- <i>La resolución contractual ilícita del empresario: la readmisión, la prestación por equivalencia y la mora.</i>	666
1.1.5.- <i>Naturaleza jurídica del despido durante el franquismo y la transición: continuismo en la concepción del despido como un supuesto resolutorio.</i>	673
1.2.- <i>Análisis jurídico-positivo del despido en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.</i>	676
1.2.1.- <i>El despido como un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable y crítica a las tesis alternativas a la lógica resolutoria.</i>	677
1.2.1.1.- <i>Premisa de partida: despido = a resolución por incumplimiento grave y culpable.</i>	677
1.2.1.2.- <i>Crítica a las objeciones planteadas a la validez de la naturaleza resolutoria del despido.</i>	683
1.2.1.3.- <i>Crítica a las tesis alternativas a la naturaleza resolutoria del despido.</i>	691
1.2.2.- <i>El régimen jurídico-positivo del despido: análisis de los elementos que salvaguardan la continuidad del negocio jurídico.</i>	695
1.2.2.1.- <i>Concepción restrictiva de las causas de despido.</i>	695
1.2.2.1.1.- <i>Breve referencia al papel de la negociación colectiva en la constrictión de los supuestos resolutorios por incumplimiento imputable.</i>	698
1.2.2.2.- <i>La procedimentalización del despido.</i>	699
1.2.2.2.1.- <i>Formalidades del despido.</i>	700
a.- <i>Manifestaciones ‘neutralizadoras’ de las garantías vinculadas a la formalización del despido.</i>	703
b.- <i>Garantías especiales en la formalización del despido.</i>	706
1.2.2.3.- <i>El control judicial de la facultad resolutoria del empresario.</i>	711
1.2.2.3.1.- <i>Consideraciones previas: problemática derivada de la sustantivización de normas procesales.</i>	712
1.2.2.3.2.- <i>La calificación del despido: análisis de los efectos jurídicos sustantivos y procesales y su impacto en la estabilidad en el empleo.</i>	718
a.- <i>Efectos jurídicos de la procedencia del despido.</i>	718
b.- <i>Efectos jurídicos de la improcedencia del despido: la condena al cumplimiento específico o por equivalente.</i>	718
b.1.- <i>La readmisión: el cumplimiento específico de la obligación.</i>	723
b.2.- <i>La indemnización legal tasada: el cumplimiento por equivalente de la obligación.</i>	723
b.3.- <i>Los salarios de tramitación: la responsabilidad por mora del empresario.</i>	725
b.4.- <i>La posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios (compatibilidad con la indemnización legal tasada).</i>	733
b.5.- <i>La ejecución del despido improcedente.</i>	745

c.- Efectos jurídicos de la nulidad del despido: la condena al cumplimiento de la obligación 'in natura'.	752
c.1.- Los supuestos de nulidad del despido.	752
c.2.- La ejecución del despido nulo.	766
1.3.- Recapitulación.	770
2.- La resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario como manifestación de la estabilidad en el empleo.	774
2.1.- Factores fortalecedores de la estabilidad en el empleo presentes en la facultad resolutoria del trabajador por incumplimiento empresarial.	775
2.1.1.- En especial: la concepción restrictiva del incumplimiento imputable empresarial.	779
2.2.- Recapitulación.	787
3.- La alteración sobrevenida de lo pactado por excesiva onerosidad por parte del empresario: la resolución del contrato como medida de protección del empleo.	788
3.1.- Las 'causas de empresa' como proyección de la estabilidad en el empleo.	789
3.1.1.- Planteamiento general.	789
3.1.2.- El desequilibrio contractual exigido para justificar las vicisitudes contractuales: el 'alineamiento funcional' como medida de protección del empleo.	797
3.1.2.1.- Breve repaso a los planteamientos teórico-conceptuales que inspiran la estabilidad en el empleo conforme a la legalidad jurídico-laboral democrática.	798
3.1.2.2.- Vinculación entre las 'causas de empresa' y el 'alineamiento funcional' y su proyección en la protección del empleo.	806
3.1.2.2.1.- Las 'causas' y 'finalidades' como parámetros de delimitación del riesgo no ordinario.	810
3.1.2.2.2.- La resolución del contrato como 'medida' empresarial para la superación del riesgo no ordinario.	821
a.- Tipología de los riesgos.	825
a.1.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la rentabilidad.	825
a.2.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la eficiencia.	838
a.3.- La concreción jurisprudencial (y administrativa) de la excesiva onerosidad por 'causas de empresa': crónica de un resultado impredecible.	843
i.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la rentabilidad.	844
ii.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la eficiencia.	847
iii.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad, la descentralización productiva y la jurisprudencia.	853
iv.- La concreción de la excesiva onerosidad por parte de la Autoridad Laboral.	859
v.- Valoración (crítica) del régimen jurídico de la resolución por 'causas de empresa' y de su interpretación por los órganos jurisdiccionales (y administrativos).	860
a.4.- Resolución de las contrataciones indefinidas para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable.	863
b.- Elementos procedimentales de la resolución por excesiva onerosidad por 'causas de empresa' como garantía del empleo.	871
b.1.- Delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 51 y 52.c) TRET.	872
i.- El número de trabajadores afectados y los efectivos de la empresa.	873
ii.- El factor temporal.	878
b.2.- Canalización procedimental de la resolución colectiva por excesiva onerosidad, 'ex' art. 51 TRET.	880
i.- Fase de Iniciación.	881
i.1.- Iniciativa extintiva.	881
i.2.- Deber de información.	883
ii.- Fase de negociación: el período de consultas.	894
iii.- Fase de instrucción.	923

<i>in.- Fase de decisión.</i>	925
<i>b.3.- Canalización procedimental de la resolución individual o ‘plural’ por excesiva onerosidad ex art. 52.c) TRET.</i>	933
<i>c.- El papel de la negociación colectiva en la resolución del contrato por ‘causas de empresa’.</i>	942
<i>d.- El control judicial de la resolución por excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’ y régimen jurídico de su ejecución procesal (remisión).</i>	947
3.2.- <i>La Resolución del contrato por excesiva onerosidad por ‘otros’ motivos no inherentes al trabajador: los apartados a), b) y d) del art. 52 TRET.</i>	953
3.2.1.- <i>Descripción de los motivos resolutorios.</i>	954
3.2.1.1.- <i>Resolución del contrato por ineptitud sobrevenida (art. 52.a TRET).</i>	954
3.2.1.2.- <i>Resolución del contrato por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b TRET).</i>	960
3.2.1.3.- <i>Resolución del contrato por faltas de asistencia (art. 52.d TRET).</i>	963
3.2.2.- <i>Aspectos procedimentales comunes a los supuestos resolutorios del art. 52 TRET.</i>	973
3.3.- <i>Especial referencia al art. 44.9 TRET.</i>	975
3.4.- <i>Recapitulación.</i>	979
4.- <i>La crisis concursal y la extinción del contrato.</i>	987
4.1.- <i>La declaración del concurso y la estabilidad en el empleo.</i>	987
4.2.- <i>Efectos de la declaración del concurso en la continuidad de los contratos de trabajo.</i>	989
4.3.- <i>Declaración del concurso y alteración sobrevenida de lo pactado: medidas posibles y procedimiento para su implantación.</i>	990
4.4.- <i>Recapitulación.</i>	999
5.- <i>La resolución del contrato por excesiva onerosidad por parte del trabajador como respuesta a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: régimen jurídico de una consecuencia de la estabilidad en el empleo.</i>	1003
5.1.- <i>Naturaleza jurídica de la resolución indemnizada a instancia del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.</i>	1005
5.2.- <i>Régimen jurídico de la facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad.</i>	1008
5.3.- <i>Recapitulación.</i>	1010
6.- <i>La resolución del contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida: incidencia de la estabilidad en el empleo en la ineficacia del contrato derivada de un hecho obstativo.</i>	1013
6.1.- <i>La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al empresario.</i>	1014
6.1.1.- <i>Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona jurídica.</i>	1014
6.1.1.1.- <i>La prestación empresarial frente a un hecho obstativo y la continuidad en el empleo.</i>	1015
6.1.1.1.1.- <i>La prestación del empresario, la imposibilidad objetiva y su eficacia extintiva.</i>	1015
6.1.1.1.2.- <i>Las teorías objetiva y subjetiva de la imposibilidad objetiva y sus efectos en la estabilidad en el contrato.</i>	1021
6.1.1.2.- <i>Procedimentalización de la extinción del contrato por imposibilidad objetiva como reacción a la ‘particular’ incidencia de la imposibilidad objetiva en la prestación empresarial.</i>	1025
6.1.2.- <i>Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona física.</i>	1030
6.2.- <i>La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al trabajador y la estabilidad en el empleo.</i>	1037
6.2.1.- <i>Modalización de la eficacia extintiva de la incapacidad permanente como circunstancia imposibilitante.</i>	1038
6.3.- <i>Recapitulación.</i>	1044
II.- <i>Otros supuestos de ineficacia contractual.</i>	1047
1.- <i>El desistimiento durante el período de prueba.</i>	1047

2.- <i>La extinción del contrato fundada en la libertad de empresa: el fin de la actividad productiva.</i>	1051
III.- <i>Recapitulación.</i>	1059
D.- <i>Una visión en perspectiva del sistema de protección del empleo: comparación entre el modelo republicano y el vigente.</i>	1071
CONCLUSIONES PARCIALES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.	1075
<b>SEGUNDA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO – LA FINALIDAD PREVENTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE AL RIESGO DE PERDER EL EMPLEO</b>	
CAPÍTULO I.- <i>CONSIDERACIONES PREVIAS: LA EFICIENCIA DE LA NORMA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE EN EL ESTUDIO DEL DERECHO DEL TRABAJO.</i>	1083
CAPÍTULO II.- <i>LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN DE UN RIESGO: DESCRIPCIÓN DE UN ‘MÉTODO ANALÍTICO’.</i>	1091
A.- <i>Esquema general: la prevención primaria, secundaria y terciaria.</i>	1091
I.- <i>Cuestiones propedéuticas.</i>	1094
1.- <i>Síntesis de las principales corrientes doctrinales del Análisis Económico del Derecho y aportación de la obra de Guido Calabresi.</i>	1094
2.- <i>La función del Derecho según el Análisis Económico del Derecho.</i>	1102
3.- <i>El método analítico de la Economía y el realismo antiformalista.</i>	1110
4.- <i>Recapitulación.</i>	1115
II.- <i>La prevención secundaria y la imputación de los costes derivados del perfeccionamiento de un riesgo.</i>	1117
III.- <i>La prevención primaria y la anticipación del riesgo.</i>	1120
1.- <i>El riesgo: la situación previa de empleo.</i>	1120
2.- <i>La articulación de las medidas de prevención primaria: los métodos decisorios.</i>	1124
2.1.- <i>La prevención general o de mercado: la determinación del nivel de empleo a través del encarecimiento de las actividades dañosas.</i>	1126
2.2.- <i>La prevención específica o colectiva: la determinación del nivel de empleo a través de la prohibición de las actividades dañosas.</i>	1133
2.3.- <i>La aplicación conjunta de los métodos decisorios: la regla de propiedad, la regla de responsabilidad y la regla de inalienabilidad.</i>	1141
2.3.1.- <i>Especial referencia a la regla de responsabilidad.</i>	1144
2.3.1.1.- <i>La sanción como medida de anticipación de un riesgo.</i>	1146
2.3.1.2.- <i>Los criterios de imputación de responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por riesgo.</i>	1149
3.- <i>Recapitulación.</i>	1156

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA METODOLOGÍA ANALÍTICA DE LA ECONOMÍA: EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y LA PREVENCIÓN DEL RIESGO A LA PÉRDIDA DEL EMPLEO.	1159
<i>A.- La lógica liberal y la sujeción a los actos propios como medida preventiva para la estabilidad en el empleo.</i>	1161
I.- <i>El Derecho común y la prevención frente a la extinción sin causa del contrato.</i>	1161
1.- <i>Medidas preventivas frente a la extinción sin causa de los contratos de duración determinada: la estabilidad contractual.</i>	1164
1.1.- <i>Régimen general o ‘común’.</i>	1164
1.1.1.- <i>La causalidad del despido como medida de prevención primaria específica.</i>	1165
1.1.1.1.- <i>El supuesto de hecho de la norma.</i>	1165
1.1.1.2.- <i>La sanción.</i>	1167
1.1.1.3.- <i>Los costes terciarios y la causalidad del despido.</i>	1168
1.1.2.- <i>El control de la decisión empresarial y la valoración de los costes terciarios.</i>	1168
1.1.3.- <i>La ejecución del fallo y los costes terciarios: la prestación por equivalencia y la prevención de mercado.</i>	1173
1.2.- <i>El contrato de trabajo de los ‘auxiliares del comerciante’ y ‘empleados domésticos’.</i>	1177
2.- <i>Los contratos indefinidos y la prevención frente al desistimiento intempestivo.</i>	1182
3.- <i>Recapitulación.</i>	1184
II.- <i>El Real Decreto 22 de julio 1928 y la reafirmación del modelo preventivo liberal frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo.</i>	1187
1.- <i>Incidencia de la readmisión en la configuración del modelo preventivo liberal.</i>	1187
1.1.- <i>Efectos preventivos de la responsabilidad por mora del empresario.</i>	1191
1.2.- <i>La posibilidad de cumplir por equivalente y la prevención de mercado.</i>	1193
1.2.1.- <i>Las dificultades para reclamar una indemnización de daños y perjuicios y su incidencia en la prevención de las extinciones arbitrarias.</i>	1194
1.2.2.- <i>La valoración del perjuicio.</i>	1194
1.2.3.- <i>La limitación cuantitativa de la compensación económica.</i>	1196
1.2.4.- <i>La recolocación del trabajador injustamente despedido.</i>	1198
2.- <i>Recapitulación.</i>	1199
<i>B.- La II República y las medidas preventivas dirigidas a la protección del empleo.</i>	1201
I.- <i>Las reglas de responsabilidad durante la II República.</i>	1201
1.- <i>La responsabilidad subjetiva: novedades con respecto al sistema preventivo liberal.</i>	1201
2.- <i>La responsabilidad objetiva y el fraccionamiento de los daños por extinción del contrato.</i>	1204
3.- <i>Las reglas de inalienabilidad: la readmisión forzosa y la intervención previa de los órganos corporativos en las extinciones por crisis de trabajo.</i>	1207
II.- <i>Recapitulación.</i>	1211

<i>C.- La protección del empleo en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social vigente: un análisis desde la perspectiva del método analítico de la economía y de la lógica preventiva – propuestas de ‘lege ferenda’.</i>	1212
<i>I.- El ordenamiento laboral y la prevención del riesgo a perder el empleo a través de las reglas de responsabilidad.</i>	1212
1.- <i>La responsabilidad subjetiva y la prevención de las extinciones arbitrarias.</i>	1212
1.1.- <i>La resolución del contrato injustificada.</i>	1213
1.2.- <i>El incumplimiento contractual del empresario.</i>	1224
2.- <i>La responsabilidad por riesgo y el fraccionamiento de los costes por la pérdida del empleo.</i>	1226
2.1.- <i>Facultad resolutoria empresarial por imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.</i>	1226
2.2.- <i>Facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.</i>	1236
<i>II.- Las reglas de inalienabilidad en el ordenamiento jurídico vigente.</i>	1237
1.- <i>La autorización previa para extinguir el contrato.</i>	1238
1.1.- <i>Intervención previa en los desequilibrios extraconcursoales.</i>	1238
1.2.- <i>Intervención previa en los desequilibrios concursales.</i>	1244
2.- <i>La declaración de nulidad de la resolución contractual y la readmisión obligatoria del trabajador.</i>	1245
<i>D.- Recapitulación.</i>	1249
<i>E.- Valoración (crítica) de la ‘flexiseguridad’ desde la perspectiva preventiva del AED.</i>	1251

**CONCLUSIONES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.**

*i*

**BIBLIOGRAFÍA**

*xix*



## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>AC</b>	Revista Actualidad Civil.
<b>ADC</b>	Revista Anuario de Derecho Civil
<b>AL</b>	Revista Actualidad Laboral.
<b>AJA</b>	Revista Actualidad Jurídica Aranzadi.
<b>AR</b>	Referencial Sentencia del Tribunal Supremo Repertorio Jurisprudencia Aranzadi.
<b>BIB</b>	Referencial bibliografía Base Datos Aranzadi.
<b>AS</b>	Referencial Sentencia Tribunal Superior Justicia y Juzgados de lo Social Base Datos Aranzadi.
<b>ASoc</b>	Revista Aranzadi Social.
<b>BDCGPJ</b>	Base de Datos Jurisprudencia Tribunal Supremo del Consejo General del Poder Judicial: ( <a href="http://jur.poderjudicial.es/jurisprudencia">http://jur.poderjudicial.es/jurisprudencia</a> ).
<b>BMTPS</b>	Boletín del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
<b>CDT</b>	Revista Cuadernos Derecho del Trabajo.
<b>CDJ</b>	Cuadernos de Derecho Judicial.
<b>CPS</b>	Revista Cuadernos de Política Social.
<b>CT'26</b>	Código de Trabajo de 1926.
<b>D'56</b>	Decreto 26 de octubre 1956.
<b>DJ</b>	Revista Documentación Jurídica.
<b>DLOCN'26</b>	Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional de 1926.
<b>DL</b>	Revista Documentación Laboral.
<b>DPE'72</b>	Decreto 3090/1972, 2 de noviembre, de política de Empleo.
<b>HPE</b>	Revista Hacienda Pública Española.
<b>ICE</b>	Revista Información Comercial Española.
<b>IJ</b>	Revista Información Jurídica.
<b>JUR</b>	Referencial Base de Datos Jurídica Aranzadi.
<b>LCT'31</b>	Ley del Contrato de Trabajo de 1931.
<b>LCT'44</b>	Ley del Contrato de Trabajo de 1944.
<b>LJM'31</b>	Ley de Jurados Mixtos de 1931.
<b>LJMT'31</b>	Ley de Jornada Máxima de Trabajo de 1931.
<b>LOI</b>	Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
<b>LOLS</b>	Ley Orgánica 11/1985, 2 de agosto, de Liberta Sindical
<b>LOVG</b>	Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<b>LRJPAC</b>	Ley 30/1992, 26 de noviembre, sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
<b>LRL'76</b>	Ley de Relaciones Laborales de 1976.
<b>LSOE'42</b>	Ley 14 de diciembre 1942, que establece el Seguro Obligatorio de Enfermedad.
<b>PEE</b>	Revista Papeles de Economía Española.
<b>RALAT'31</b>	Decreto 25 de agosto 1931, que establece el Reglamento para aplicar a la agricultura la Ley de Accidentes de Trabajo.
<b>RAP</b>	Revista de Administración Pública.
<b>RCEC</b>	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
<b>RDGRL</b>	Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de Cataluña.
<b>RDLRT'77</b>	Decreto-Ley 17/1977, 4 de marzo, Relaciones de Trabajo.
<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil.
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Privado.
<b>RDPI</b>	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana.
<b>RDPR</b>	Revista de Derecho Procesal.
<b>RDS</b>	Revista de Derecho Social.
<b>RDT</b>	Revista de Derecho del Trabajo
<b>REDT</b>	Revista Española de Derecho del Trabajo.
<b>REMSE'80</b>	Decreto 696/1980, 14 de abril, Aplicación a expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo.
<b>RES</b>	Revista Española de Seguros
<b>REVL</b>	Revista de Estudios de la Vida Local.
<b>RFDUM</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
<b>RFS</b>	Revista de Fomento Social.
<b>RGLJ</b>	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
<b>RHE</b>	Revista de Historia Económica.
<b>RISS</b>	Revista Iberoamericana de Seguridad Social.
<b>RJ</b>	Referencial Sentencia Tribunal Supremo Base Datos Aranzadi.
<b>RJC</b>	Revista Jurídica de Cataluña.
<b>RPJUR</b>	Revista Repertorio de Jurisprudencia
<b>RL</b>	Revista Relaciones Laborales.
<b>RMT</b>	Resolución del Ministerio de Trabajo.
<b>RPRE'96</b>	Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.
<b>RPS</b>	Revista Política Social.

<b>RSS</b>	Revista de Seguridad Social.
<b>RST</b>	Revista Sociología del Trabajo.
<b>RT</b>	Revista de Trabajo.
<b>RTS</b>	Revista Tribuna Social
<b>RTSS</b>	Revista de Trabajo y Seguridad Social – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
<b>RTSS-CEF</b>	Revista de Trabajo y Seguridad Social – Recursos Humanos (CEF).
<b>SJS</b>	Sentencia Juzgado de lo Social.
<b>STC</b>	Sentencia Tribunal Constitucional
<b>STJCEE</b>	Sentencia Tribunal de Justicia Comunidades Europeas.
<b>STS</b>	Sentencia Tribunal Supremo.
<b>STSJ</b>	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
<b>TL</b>	Revista Temas Laborales.
<b>TRAT'32</b>	Decreto 8 de octubre 1932, que establece el Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo.
<b>TRDLOCN'29</b>	Real Decreto de 8 de marzo 1929 por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Organización Corporativa Nacional de 1929.
<b>TRET</b>	Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
<b>TRLBSS'66</b>	Decreto 907/1966, 21 de abril, que aprueba el Texto articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social.
<b>TRLGSS</b>	Decreto Legislativo 1/1994, 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
<b>TRLGSS'74</b>	Decreto 2065/1974, 30 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
<b>TRLJM'35</b>	Decreto 29 de agosto 1935, que aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos.
<b>TRLPL</b>	Decreto Legislativo 2/1995, 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.



# LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: LA PREVENCIÓN FRENTE A LA CONTINGENCIA DEL PARO

—

## UN ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En las sociedades industrializadas el desempleo es una contingencia que todo gobierno pretende evitar, por lo que, tradicionalmente, se han articulado diversas medidas con el objeto de reducirlo. No obstante, a pesar de que el paro es una situación indeseable, el empleo *no puede mantenerse a cualquier precio*.

La solución al problema del desempleo se encuentra entre dos frentes en conflicto: por un lado, la *búsqueda* de una determinada *seguridad en el trabajo*, que integra la idea de “*seguridad económica por medio del trabajo, como prolongación natural de la seguridad física en el trabajo*”<sup>1</sup>; y por otro, el desarrollo empresarial y la libertad de empresa y de iniciativa económica.

Esta discusión es, en definitiva, un reflejo del enfrentamiento entre los dos principios que tradicionalmente han inspirado el desarrollo de los países industrializados: la *eficiencia económica* y la *justicia social* (o *equidad*)<sup>2</sup>. Lo que está en juego es la articulación de un modelo que asegure una determinada suficiencia económica, que permita la “supervivencia biológica” de los trabajadores, sin alterar excesivamente el funcionamiento eficiente del mercado o, de un modo más particularizado, de la organización productiva.

Como expone SUPIOT, el planteamiento es el siguiente: mientras que la garantía de los ingresos, y con ella la subsistencia, está directamente vinculada a la estabilidad en el empleo, en un contexto de libertad de empresa, la seguridad en el empleo sólo puede predicarse relativamente<sup>3</sup>. Se trata, por lo tanto, de un debate integrado por principios heterogéneos que se encuentran en fricción antinómica, por lo que se hace necesaria una ponderación entre el interés al mantenimiento del empleo con la viabilidad de la organización productiva.

---

<sup>1</sup> SUPIOT. *Crítica del Derecho del Trabajo*. MTAS. Madrid, 1996, p. 96. Como afirma el propio autor: “No basta con conseguir que el trabajador salga indemne de la relación de trabajo; es preciso, también, que halle los medios para perpetuar su fuerza de trabajo, es decir, los medios para vivir y hacer vivir a los suyos”.

<sup>2</sup> En términos similares, citando a BARBASH, *vid. OJEDA AVILÉS. El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado*. RL 1993 - I, p. 351; y *Reflexiones en torno a un congreso (La 45ª Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Relaciones Industriales)*. RL 1993 - I, p. 1144 y 1145.

<sup>3</sup> SUPIOT. *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 104.

Y la Constitución española es un reflejo de esta disyuntiva. Aunque el art. 35 CE, según la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que predispongan normas que garanticen la estabilidad en el empleo, el art. 38 CE también reconoce el principio de libertad de empresa en el marco de un sistema de economía de mercado. Es evidente, por tanto, que las políticas laborales están irremediablemente abocadas a la búsqueda de un equilibrio contingente en la tutela de ambos mandatos constitucionales<sup>4</sup>. Circunstancia que paralelamente pone de manifiesto que la garantía del empleo no es una cuestión que afecte exclusivamente al trabajador individual y que pueda ser satisfecha mediante la consecución de la propiedad – o su equivalente – del puesto de trabajo, sino que es un problema macroeconómico y macrosocial<sup>5</sup>. Especialmente, si se tiene en cuenta que la estabilidad en el empleo no sólo afecta a los ya empleados, sino que también tiene una repercusión sobre los que no tienen empleo<sup>6</sup>.

Partiendo de la base que “los intereses maximalistas han de ceder en favor de soluciones transaccionales”<sup>7</sup>, todo el problema “se reduce”, por tanto, a la averiguación de la distribución de los riesgos frente a la contingencia del paro que sea social y económicamente aceptada. Por este motivo, *es preciso preguntarse hasta qué punto la sociedad está dispuesta a mantener el empleo y qué precio quiere pagar para alcanzarlo*.

Por tanto, la cuestión relativa a la *seguridad en el trabajo*, y por ende, a una dimensión específica del empleo, se reduce a una determinada distribución de los riesgos ante la contingencia del paro, o, en otros términos, “¿quién debe soportar los riesgos del mantenimiento y de la reproducción de la fuerza de trabajo?”<sup>8</sup>. Este vector constituye el pilar fundamental de toda política de ocupación. Y, sin duda, la determinación de cómo deben repartirse estos riesgos, resulta absolutamente esencial para comprender la intensidad con la que se persigue la conservación del empleo. Desvelando, desde otro punto de vista, la intensidad en la lucha contra el paro; o, a la inversa, qué número de desempleados es el “aceptado” en un escenario económico-social dado. Incógnita cuya solución, en hipótesis, debería subyacer en el estudio de la configuración jurídico-positiva de los institutos que promueven la estabilidad en el empleo.

---

<sup>4</sup> **MONEREO PÉREZ**. *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*. Civitas. Madrid, 1994, p. 28; y **PRADOS DE REYES**. *Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral*. TL n° 30, 1994, p. 8 y 9.

<sup>5</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del trabajo y crisis económica*. Ed. Temis. Bogotá, 1990, p. 98. *Vid.* también al respecto, **NÚÑEZ-SAMPER**. *Evolución del despido sin causa*. En “Estudios dedicados al Profesor García Oviedo”. Sevilla, 1954, p. 289; y **PÉREZ PATÓN**. *La estabilidad en el empleo y sus garantías*. Estudios en Homenaje al Profesor Eugenio Pérez Botija. Vol. 1. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1970, p. 464.

<sup>6</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Derecho del Trabajo y crisis económica*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 252.

<sup>7</sup> **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*. RMTAS n° 33, 2001, p. 61.

<sup>8</sup> **SUPIOT**. *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 97.

Frente a un modelo civil, regido por la lógica de la autonomía de la voluntad, que desamparaba a los trabajadores y que imputaba la mayor parte de los riesgos sobre su persona, el Derecho del Trabajo nace precisamente con el objetivo de reconfigurar esta realidad, tratando de hallar una distribución adecuada de los riesgos entre los diversos agentes implicados: el Estado, el empresario y el propio trabajador<sup>9</sup>. No obstante, la *fórmula mágica* (la distribución adecuada) no sólo no parece haberse hallado aun<sup>10</sup>, sino que el Derecho del Trabajo sufre un espiral de desconcierto legislativo, confirmando su naturaleza mutable y lo que probablemente significa el inexorable tránsito hacia, lo que se ha venido a denominar, “Derecho del empleo”.

Aunque, quizás convendría matizar el sentido de esta afirmación, dado que las instituciones jurídico-laborales españolas siempre se han ocupado del empleo (pues, el desempleo ha sido un problema crónico en nuestro país) y, con especial ahínco, durante los períodos de crisis<sup>11</sup>. Lo novedoso, por tanto, – siguiendo a LYON CAEN – radica en la nueva orientación que ha asumido esta disciplina (el Derecho del Empleo), que surge metamorfoseada del Derecho del Trabajo, hermana suya aunque no se confunde con él, porque a pesar de utilizar los mismos procedimientos y mecanismos, se inspira en el Derecho del Cambio y del Capital, inscribiéndose “más bien en el Derecho de la Economía, de la economía desreglamentada o mejor reglamentada”<sup>12</sup>.

La convicción de que la estabilidad en el empleo está en crisis o, incluso, que es un planteamiento que “está muerto” es una idea que subyace en un número considerable de opiniones doctrinales, especialmente, a partir de las reformas jurídico-laborales de los años 70. La publicación de un conocido artículo del profesor OJEDA AVILÉS, titulado el “Final de un

---

<sup>9</sup> Aunque como apunta LYON CAEN, se trata de un conjunto de concesiones o de compromisos en el interior de un sistema que se define por la optimización del beneficio del capital, por lo que la protección del asalariado no ha sido nunca la razón de ser del Derecho del Trabajo. LYON-CAEN. *Derecho del Trabajo y Crisis Económica*. RFS nº 155, V. 39, 1984, p. 262.

<sup>10</sup> Problema que, por otra parte, no puede esperarse que el Derecho del Trabajo alivie o resuelva por sí solo. Además, debe tenerse en cuenta que entre el Derecho del Trabajo y el desempleo no hay ninguna relación de causa a efecto. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER. *Derecho del trabajo y crisis económica*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 250.

<sup>11</sup> MONTROYA MELGAR. *Derecho del trabajo y crisis económica, op. cit.*, p. 3; y DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*. RT nº 76, 1984, p. 17. Planteamiento que debe complementarse con la idea – aportada por PALOMEQUE LÓPEZ – de que la crisis económica “ha acompañado al Derecho del Trabajo, al menos de forma intermitente, a lo largo de su todavía corta andadura histórica”, y no sólo a partir de la crisis de los años setenta. PALOMEQUE LÓPEZ. *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*. RPS nº 143, 1984, p. 19. *Vid.* también, ALONSO OLEA. *Cien años de Seguridad Social*. PEE nº 12/13, 1982, p. 113.

<sup>12</sup> LYON-CAEN. *Derecho del Trabajo y Crisis Económica, op. cit.*, p. 262 y 263. Este cambio de paradigma tiene su origen en la crisis económica de los años 70. Si en momentos históricos anteriores, las situaciones de crisis eran “integradas en un razonamiento de base ideológica superior que orientaba la acción social hacia un fin bien definido: la sociedad de pleno empleo”; a partir de los años 70, se invierte este planteamiento: “son los principios básicos de la sociedad – y el sistema jurídico laboral como resultado – los que han de acoplarse al hecho económico de la crisis; los valores de la realidad económica fija, por sí solos, los objetivos de la acción social”. APARICIO TOVAR y BAYLOS GRAU. *Introducción*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. XIV y XV.

‘principio’ (La estabilidad en el empleo)”<sup>13</sup>, puede considerarse como un “icono” en este sentido, pues, - salvo error u omisión - es una de las primeras opiniones “autorizadas” que se manifiesta en esta línea y, probablemente, uno de sus exponentes más relevantes. Sin obviar que esta cuestión es fruto de un determinado contexto político-jurídico, y que la noción de lo que debe entenderse por estabilidad en el empleo durante el franquismo sufre una profunda distorsión por los planteamientos jurídico-políticos y, no se olvide, económicos (a través del fomento del subempleo) que lo inspiran<sup>14</sup>, lo cierto es que a partir de este momento, la idea se va asentando con firmeza en la propia comunidad jurídico-laboral, y la convicción de que la estabilidad se encuentra en un estado de crisis crónica es muy generalizada. Hasta el punto de que, hoy en día, prácticamente ha adquirido la categoría de “postulado”.

Sin embargo, frente a esta concepción generalizada<sup>15</sup>, lo cierto es que la realidad jurídico-positiva parece evidenciar otra conclusión, pues, desde la promulgación de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931, las instituciones jurídicas que conforman el armazón de la estabilidad en el empleo han permanecido vigentes hasta nuestros días sin solución de continuidad. Es evidente que se han producido cambios normativos, algunos de ellos importantes, pero, en un primer nivel de análisis, todo parece indicar que los elementos que jurídicamente lo vertebran han permanecido incólumes. Todo ello viene a desvelar la existencia de un conflicto teórico-positivo (e, incluso, político) que, sin duda, debe ser objeto de un análisis pormenorizado a fin de desenmarañar esta aparente contradicción.

Sin duda, hoy nos encontramos ante un escenario sometido a grandes convulsiones, caracterizado por un proceso de “hemorragia” legislativa, en el que el Derecho del Trabajo se halla en constante adaptación a las circunstancias concurrentes, y en el que, cada vez más, se funcionalizan los instrumentos jurídicos y un número importante de instituciones jurídico-laborales (nacidos, en su mayoría, a la luz de la legalidad republicana) a los problemas derivados del empleo<sup>16</sup>. Por otra parte, ante la progresiva recuperación del principio de autonomía de la voluntad y del papel regulador del contrato de trabajo (consecuencia de la desregulación), y la vorágine de determinados sectores por la flexibilidad, reclamando normas jurídicas más

---

<sup>13</sup> **OJEDA AVILÉS**. *El final de un “principio” (la estabilidad en el empleo)*. En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”. Tecnos. Madrid, 1980.

<sup>14</sup> De hecho, se atribuye al principio de estabilidad en el empleo el carácter de “mito” o “idea-fuerza”. **RIVERO LAMAS**. *Técnicas modernas de garantía del empleo*. REDT n° 33, 1988, p. 30. O, como afirma **MIÑAMBRES PUIG**, la acción protectora del empleo durante las primeras décadas del franquismo “hizo del trabajador de esa época un *cuasi* funcionario privado por su supuesta ‘relación de propiedad respecto del puesto de trabajo ocupado’”. **MIÑAMBRES PUIG**. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*. CES. Madrid, 2001, p. 31.

<sup>15</sup> En contra, **ALARCÓN CARACUEL**, comentando el título del conocido artículo de **OJEDA AVILÉS**, afirma: “tengo la impresión de que ese ensayo ha contribuido a certificar la defunción de un enfermo que aún no lo era – y, según creo, aún no lo es – cadáver. Y me consta que nada más lejos de la intención de su autor”. **ALARCÓN CARACUEL**. *La vigencia del principio ‘pro operario’*. En “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea”. MTSS. Madrid, 1990, nota 1, p. 839.

<sup>16</sup> **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** y **TUDELA CAMBRONERO**. *El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica*. RT n° 92, 1988, p. 19 y 20.



dúctiles, elásticas y concretas que permitan a los empresarios adaptar la producción a las dinámicas cambiantes de las necesidades productivas, organizativas y tecnológicas, surge la necesidad - si se nos permite - de *congelar la imagen* y evaluar qué hay de cierto en esta generalizada convicción de la *comunidad laboral* acerca de la estabilidad en el empleo; y, en definitiva, en qué medida - con qué intensidad - se salvaguarda la *seguridad económica por medio del trabajo*.

Llegados a este punto, y tratando de sustraerse de valoraciones subjetivas personales respecto de si nos resulta más o menos adecuado el nivel actual de protección del empleo, parece necesario tratar de clarificar esta disyuntiva. Esto es, tratar de averiguar cuál es el *estado de salud* de la estabilidad en el ordenamiento jurídico actual y si efectivamente puede afirmarse su fin. Extremo que necesariamente exige, como tarea previa, averiguar, desde un punto de vista técnico-jurídico, qué se entiende por la expresión “estabilidad en el empleo” y cuáles son las manifestaciones jurídicas que participan de esta noción. Sólo desde este enfoque es posible evaluar, desde una perspectiva técnico-jurídica (y no política), su evolución a lo largo de la historia, para así determinar su verdadero estado actual y, en definitiva, comprobar la intensidad con la que el *sistema normativo* español está garantizando la subsistencia física de los trabajadores por medio del trabajo.

- Por otra parte, la pérdida del empleo es un riesgo que puede sufrir todo trabajador y la norma jurídica puede operar como un mecanismo preventivo frente al mismo. Si lo que pretendemos es averiguar la intensidad con la que efectivamente se protege el empleo, resta por establecer si verdaderamente se alcanza una reducción del riesgo socialmente aceptable, esto es, debe procederse a la “mensuración adecuada del influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer”<sup>17</sup>.

El Derecho, siguiendo a COSSÍO DÍAZ, puede considerarse como un conjunto de normas establecidas o creadas por conductas humanas a fin de imponer actos coactivos mediante y como consecuencia de otras conductas humanas<sup>18</sup>. Es decir, el Derecho es un instrumento a través del cual se puede tratar de influir en el comportamiento de los individuos, generando impulsos psicológicos, para evitar el advenimiento de determinados hechos<sup>19</sup>. Esta característica, claramente visible, por ejemplo, en el Derecho Penal (teorías relativas de la justificación de la pena)<sup>20</sup>, también opera en el Derecho del Trabajo. Así, algunas normas

---

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid, 1999, p. 47.

<sup>18</sup> COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*. Fondo de Cultura Económica. México, 1997, p. 101.

<sup>19</sup> Cfr. ROEMER. *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1994, p. 19 y 20.

<sup>20</sup> En Derecho Penal, las teorías relativas justifican el castigo por su utilidad, es decir, por los objetivos de prevención a los que debe estar dirigido. *Vid.* entre otros, JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 26 y ss.; y COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 739 y ss.

laborales, pretenden promover ciertas actitudes con el fin de *prevenir* determinados acontecimientos no deseados socialmente y fomentar otros que tienen una determinada aceptación<sup>21</sup>.

Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, en aras a esclarecer esta dimensión, lo cierto es que el enfoque analítico de la dogmática jurídica se queda “corto”. Aunque el análisis jurídico-positivo permite descifrar cuál es la conducta jurídicamente “adecuada”, es incapaz de ofrecer la información necesaria para establecer un cálculo de predicciones del comportamiento de los individuos frente a la norma y, consiguientemente, de identificar cuáles son las medidas más adecuadas para paliar sus deficiencias. Por tanto, si lo que se pretende es averiguar el verdadero *estado de salud* de la estabilidad en el empleo, no basta con diseccionar la estructura y el contenido jurídico de la norma, evaluando su validez según su correcta adscripción al sistema de fuentes; sino que, además, debe tratarse de determinar su efectividad, la forma como las medida jurídico-positivas operan en la mente de los individuos, si son capaces de alterar su comportamiento y, en última instancia, si se logra la promoción de la finalidad perseguida.

Pues bien, si lo que está en juego es saber si el modelo legal consigue una disminución de los daños adecuada a los requerimientos sociales y “si el eventual esfuerzo para tratar de corregir el sistema vale lo que cuesta”<sup>22</sup>, ante la imposibilidad de conocer exhaustivamente estas incógnitas a través del análisis del derecho positivo, es necesario buscar otros enfoques analíticos que nos permitan averiguar esta cuestiones. Y, en este sentido, es posible que la economía pueda ofrecer parámetros de interpretación que coadyuven a descifrar estas incógnitas; especialmente, si se tiene en cuenta, como apunta COASE, que la economía es la ciencia de la elección humana<sup>23</sup>. El reto que se plantea, entonces, es el de tratar de realizar una apertura de las normas jurídicas a la realidad social y a las consecuencias sociales y económicas<sup>24</sup>. Porque, sin duda, no puede abordarse el análisis jurídico de la estabilidad

---

<sup>21</sup> Planteamiento implícito en las tesis de un sector de la doctrina laboral. Por ejemplo, recogiendo la exposición de RODRÍGUEZ-PIÑERO, “la bondad de un sistema de protección del despido reside en saber dosificar adecuadamente el elemento de libertad de despido cuando exista justa causa, y el elemento de restricción cuando no exista justa causa. El régimen jurídico debe discriminar mejor uno y otro supuesto, teniendo en cuenta también las circunstancias de cada caso y, por así decirlo, el grado de arbitrariedad o injusticia de la decisión. No sólo jurídica, sino también económicamente, debe existir una diferencia fundamental entre el supuesto del ejercicio ilegítimo de la facultad de despido y el supuesto de ejercicio legítimo, por existir una justa causa para ello”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Racionalidad empresarial y mercado de trabajo*. RL 1993 - II, p. 21.

<sup>22</sup> **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*. Ariel. Madrid, 1984, p. 9. Análisis enmarcado dentro del principio de la ciencia económica que sostiene que los recursos de que dispone una sociedad para la satisfacción de las necesidades de sus miembros son limitados. De tal modo que, si no se quiere acabar despilfarrándolos, para alcanzar su mayor grado de satisfacción debe perseguirse la búsqueda de la eficiencia. **SCHÄFER** y **OTT**. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Tecnos. Madrid, 1991, p. 21 y 60.

<sup>23</sup> **COASE**. *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza. Madrid, 1994, p. 9 y 10. *Vid.* también, **WINCH**. *Economía analítica del bienestar*. Trad. Dorrego González. Alianza. Madrid, 1975, p. 18; y **PEJOVICH**. *Fundamentos de Economía*. Trad. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México, 1985, p. 13. Aunque como recoge **BECKER** la doctrina económica no es pacífica a la hora de definir *lo económico*. **BECKER**. *El enfoque económico del comportamiento humano*. ICE, 1980, p. 11.

<sup>24</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994, p. 170: “la propuesta de la teoría económica [citando a **CALSAMIGLIA**] de utilizar el criterio de la eficiencia como un

obviando su dimensión económica<sup>25</sup>. Especialmente, si se parte de la hipótesis de que “en una estrategia a medio plazo de crecimiento, competitividad y empleo, como objetivos inseparables, ha de aceptarse la idea de que las decisiones de creación y destrucción de empleo son decisiones económicas, de agentes económicos que se mueven en el mercado”<sup>26</sup>. Y, porque, en definitiva, comúnmente se ha aceptado (al menos en los países de nuestro entorno) que la regulación del mercado de trabajo debe partir de una mínima racionalidad económica<sup>27</sup>.

- Así, en virtud de todo lo expuesto, en el estudio que se realiza a continuación, dividido en dos partes, se va a tratar de averiguar qué es la estabilidad en el empleo y cuál es su estado de salud. Para ello, intentaremos describir, en primer lugar y desde la perspectiva de la dogmática jurídica, qué debe entenderse por “estabilidad en el empleo” y cómo este concepto incide en las *normas* del Derecho del Trabajo.

Desde este enfoque metodológico, como primera tarea a realizar, es absolutamente imprescindible especificar escrupulosamente el ámbito objeto de estudio, con el fin de identificar aquellos elementos que verdaderamente conforman este concepto jurídico-laboral. O dicho de otro modo, deberá rechazarse aquellas dimensiones que, si bien pueden compartir un espacio de intersección, deben quedar fuera del presente estudio por no formar parte de su estructura conceptual básica. En concreto, debe tratarse de indagar si en la conceptualización del concepto “estabilidad en el empleo”, además del propósito de conservación del negocio jurídico, debe estimarse integrada la *dimensión temporal*. Esto es, si la imposición de límites a la contratación temporal es consustancial a este concepto.

---

criterio fundamental para el estudio de problemas jurídicos puede servir para ampliar el universo jurídico y evitar el reduccionismo kelseniano o normativista’. El normativismo, ‘dejaba fuera de su análisis los problemas de la política legislativa o de la política jurídica. Dejaba también fuera de su análisis la conducta social porque el objeto de la teoría no es estudiar cómo es la conducta social sino cómo debe ser la conducta social según el ordenamiento jurídico’. Este reduccionismo había desterrado del discurso jurídico los problemas de las consecuencias del derecho, de sus fines y de su eficiencia real en la regulación de la conducta social”.

<sup>25</sup> Repárese que el art. 1 de la Ley 51/1980 Básica de Empleo describía los fines esenciales de la política de empleo en términos estrictamente económicos (“la consecución del equilibrio a corto, medio y largo plazo, entre la oferta y la demanda de trabajo, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos”). Fórmula que, en esencia, ha sido *exportada* al art. 1 de la Ley 53/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (“conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo”).

<sup>26</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Derecho del Trabajo y empleo*. RL 1994 - I, p. 86. *Vid.* también, **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 26.

<sup>27</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Racionalidad empresarial y mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 16; y *Derecho del trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 258. O, como apuntan GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y TUDELA CAMBRONERO, el Derecho del Trabajo se transforma de un Derecho de la ‘redistribución’, en un Derecho de la ‘producción’ de la riqueza, redescubrimiento que, lejos de ser disfuncional al sistema económico que le ha visto nacer, su ‘vocación originaria’ se satisface siendo un ‘instrumento de racionalización económica’, y que la salud y eficiencia de aquél es presupuesto de un proceso social más equilibrado”. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y TUDELA CAMBRONERO**. *El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica*, *op. cit.*, p. 36 y 37.

Delimitado el objeto de estudio, uno de los aspectos extraordinariamente relevantes a discutir es si el concepto de la estabilidad en el empleo está recogido en el texto constitucional y con qué intensidad; o, dicho de otro modo, desde la perspectiva de política legislativa, qué aspectos de la estabilidad en el empleo son constitucionalmente contingentes y, por tanto, maleables para el Legislador ordinario.

Por otra parte, perfilados los contornos conceptuales de la estabilidad en el empleo así como su ubicación constitucional, debe averiguarse cuáles son sus manifestaciones jurídicas, desde la perspectiva de la Teoría General de las Normas. Esto es, debemos preguntarnos si la estabilidad en el empleo opera como un *principio jurídico conformador* de esta disciplina jurídica. En este sentido, el análisis de su génesis desde la perspectiva histórico-jurídica se erigirá en un elemento esencial para dilucidar esta incógnita. Lo que justifica la necesidad de su análisis pormenorizado. Permitiéndonos, además, averiguar sus principales parámetros conceptuales y, sobre todo, comprobar su *influencia* en el dictado de la realidad jurídico-positiva laboral actual.

Siguiendo con el análisis de la estabilidad en el empleo desde la perspectiva de la Teoría General de las normas, deberá procederse a la identificación y análisis de las *reglas jurídico-positivas* que están *impregnadas* por esta “idea” y de qué modo. Lo que, a su vez, nos obligará a buscar un fundamento técnico-dogmático que sea capaz de dar razón a las *facultades de alteración* del contenido del contrato que, en aras a la estabilidad en el empleo, ambas partes contractuales, esto es - y conviene resaltarlo debidamente -, empresarios y trabajadores tienen reconocidas legalmente. Lo que también deberá llevarnos a indagar cuál es su engarce constitucional; así como, cuál es su repercusión en la conceptualización de la estructura del contrato de trabajo y, sobre todo, en su naturaleza y en la de las prestaciones contractuales que lo conforman.

Paralelamente, dada la heterogeneidad de los numerosos institutos que participan de este propósito, parece del todo conveniente tratar de ofrecer una sistematización de la estabilidad en el empleo, entendida en su conjunto, a fin de aprehender su verdadera dimensión y, sobre todo, su permeabilidad en la realidad jurídico-laboral actual.

El análisis de la estabilidad desde la perspectiva de la dogmática jurídica, en hipótesis, nos debería poder aseverar las siguientes proposiciones: primera, que la estabilidad en el empleo es un “propósito” de naturaleza jurídico-política, constitucionalmente recogido en el art. 35 CE, que opera en el Derecho del Trabajo, simultáneamente, como un *principio jurídico general* y como una “constante” en el dictado del contenido de numerosos *institutos jurídico-positivos*.

Segunda, que se trata de un planteamiento *derivado* de las construcciones liberales decimonónicas y, en concreto, del *principio de conservación del negocio jurídico*. Aspecto especialmente importante, pues, no sólo evidenciará la compatibilidad de la contratación

temporal con la estabilidad en el empleo, sino que, también, nos permitirá ubicar toda la lógica operativa de la estabilidad en el empleo en la *estructura del contrato* y, desde un punto de vista más general, en la Teoría general de los contratos y de las obligaciones. Lo que, a su vez, nos permitirá mostrar que las principales manifestaciones de alteración sobrevenida de lo pactado responden *siempre a postulados dogmáticos contractualistas* (incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad). Aspectos de *extraordinario alcance* porque, como se observará, repercute en la concepción de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo. Planteamientos cuya fuerza argumentativa exigirá que previamente destaquemos, primero, la importancia de la “empresa” (o de la “organización productiva”) en la configuración de la estabilidad en el empleo; y, segundo, desde un punto de vista más general, que la existencia del propio contrato de trabajo no puede comprenderse aisladamente, sino sobre la base de la *situación organizativa de la empresa*. Sin que esta *dimensión organizativa* del contrato, conviene advertir, implique que deje de ser un contrato de cambio.

Tercero, derivado de todo lo anterior – y absolutamente trascendente –, que, en la búsqueda de un fundamento constitucional que justifique las facultades de alteración reconocidas legalmente a ambas partes del contrato, se puede afirmar que su engarce constitucional pende principalmente del *derecho al trabajo*, *ex art. 35 CE* (y no de la libertad de empresa, *ex art. 38 CE* – para las facultades del empresario).

Y, finalmente, la propuesta de sistematización de las instituciones que se refieren a la estabilidad en el empleo es un factor idóneo para ofrecernos una aproximación bastante precisa del nivel de estabilidad que la sociedad española está dispuesta a sufragar<sup>28</sup>. Y, de este análisis, podremos concluir que, no sólo no puede afirmarse el fin de la estabilidad en el empleo, sino que en la actualidad se encuentra en una fase expansiva. En definitiva, en las páginas que siguen, se aspira a demostrar que, *desde un punto de vista jurídico-positivo*, se trata de un principio plenamente vigente en el ordenamiento jurídico español.

En segundo lugar, una vez identificados los principales componentes jurídicos que conforman el armazón de la estabilidad en el empleo y su vigencia en el ordenamiento jurídico actual, conviene evaluar si dichos mecanismos son los adecuados para alcanzar el objetivo propuesto. Esto es: el nivel de estabilidad socialmente deseado. En el fondo, en la discusión de la estabilidad en el empleo y a la averiguación de su *estado de salud*, lo que subyace es la cuestión relativa a la averiguación del precio que la sociedad está dispuesta a pagar para mantener el empleo y, sobre todo, qué sujetos deben ser los encargados de financiarlo (cómo repartir los

---

<sup>28</sup> Como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, “si (...) el principio de conservación, en su más amplio significado, no (pudiera) desplegar alguna función constructiva para la sistematización orgánica de todos los fenómenos a él referibles, no podría oponerse, por otra parte, una precisa funcionalidad dogmática como principio general del Derecho?”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1975, p. 64.

costes, en definitiva) para alcanzar el resultado (preventivo) socialmente más óptimo. Lo que, lógicamente, deberá llevarnos a preguntar si el Derecho del Trabajo responde adecuadamente a estas cuestiones. En definitiva, debemos plantearnos *si el sistema jurídico laboral es eficiente en la consecución de este objetivo*. Y, a los efectos de esclarecer esta incógnita, es esencial partir de la base de que los individuos son sensibles al contenido de las normas y que éste puede llegar a condicionar su comportamiento. Esquema que debe completarse con el presupuesto de que, si la pérdida del empleo es un riesgo, debe tratarse de indagar cómo puede prevenirse, qué coste tiene su mantenimiento y cómo debe repercutirse entre los diversos agentes implicados.

Es evidente que paralelamente a la *eficiencia* existen otros valores trascendentales, como la equidad, la redistribución o la seguridad jurídica – entre otros –, que han repercutido tradicionalmente (y casi monopolísticamente) en el diseño y configuración del sistema jurídico-laboral español<sup>29</sup>. Partiendo de la base de que estos principios están plenamente asumidos y arraigados en la teleología de las normas laborales, el reto que se plantea es integrar en la exégesis de la estabilidad (y de la propia norma jurídica) parámetros de racionalidad económica<sup>30</sup>. Lo que, por otra parte, permitirá constatar el equilibrio entre justicia social y eficiencia que política y socialmente se ha estimado más idóneo en el ordenamiento jurídico-laboral español.

Partiendo de estos postulados, para la consecución de nuestro propósito, es imprescindible que seamos capaces de identificar los patrones de conducta que nos permitan predecir las reacciones de los individuos frente a la norma; porque de este modo seremos capaces de valorar si los efectos de las normas satisfacen el objetivo perseguido.

Y lo cierto es que, para poder resolver estas incógnitas, la dogmática jurídica es un método analítico claramente inadecuado, pues, es incapaz de ofrecernos la información necesaria para evaluar la reacción de los ciudadanos frente a la norma. En cambio, ante la

---

<sup>29</sup> En términos similares, CALABRESI sostiene que el análisis económico es uno de los modos de estudiar el Derecho, pero no el único (aunque sostiene que ninguno de los métodos alternativos que se han propuesto ha sido capaz de derrotarlo en la discusión de las cuestiones prácticas del Derecho). CALABRESI. *Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho*. AFD, 1985, Tomo II, p. 222 a 226. O, de un modo más ilustrativo, tal y como recogen PAZ-ARES y TORRES LÓPEZ, para CALABRESI el análisis económico es una de las “vistas de la catedral”; poniendo de manifiesto la crítica a la perspectiva visiblemente reduccionista que inspira el análisis económico del derecho que propone la denominada Escuela de Chicago. En definitiva, lo que subyace en este planteamiento como apunta KIRCHNER es que “el análisis económico del derecho puede aplicar varios principios económicos [no sólo desde la perspectiva de las tesis basadas en el *free market*]. Este pluralismo relativiza la posición de la Escuela de Chicago, pero abre nuevas perspectivas para la elaboración económica del derecho”. PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*. ADC 1981, p. 690, 691 y 702; y TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Tecnos. Madrid, 1987, p. 71. *Vid.* también, SANTOS BRIZ. *Derecho económico: concepto, caracteres y contenido*. IJ n° 311, 1971, p. 15 y 16; y, en términos generales, PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*. Tecnos. Madrid, 1989, p. 39 a 41.

<sup>30</sup> Según, MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, la eficiencia es un “ineludible principio de acción válido y esencial para la regulación de contrastes sociales y para la construcción de un Derecho del Trabajo que sea partícipe de los valores de la cultura industrial”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET. REDT n° 85, 1997, p. 701*. Resaltando “la incidencia positiva o negativa del sistema laboral sobre el funcionamiento de la economía”, *vid.* MATÍA PRIM. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 19 y ss.

existencia de unos perjuicios causados por la pérdida del empleo y de los costes derivados de un conjunto de medidas preventivas tendentes a evitarlos, es probable que, desde la perspectiva de la actividad racional del *homo oeconomicus*, las decisiones económicas *contribuyan* a evaluar la idoneidad del sistema jurídico y, por ende, favorezca la comprensión de los mecanismos jurídicos encaminados a garantizar el mantenimiento del empleo. En definitiva, el Análisis Económico del Derecho se erige en un método analítico, *a priori*, idóneo para desvelar ciertos aspectos inaccesibles para la dogmática jurídica.

Asumida la validez de este enfoque analítico (y teniendo muy en cuenta sus limitaciones), deberemos proceder al estudio de los diversos tipos de riesgo asociados a la pérdida del empleo, así como de los métodos de decisión más adecuados para determinar la intensidad con la que la sociedad está dispuesta a aceptarlos. En este sentido, si la pérdida del empleo es un riesgo que se quiere evitar, para evaluar la verdadera vigencia de la estabilidad es imprescindible tratar de averiguar con qué intensidad el ordenamiento jurídico está *impidiendo* la extinción del contrato de trabajo y cuáles son los mecanismos disuasivos que se emplean para ello, así como su efectividad. Ahora bien, sin negar la trascendencia de los institutos jurídicos que posibilitan, por lo menos, el *aplazamiento* de la extinción, desde un punto de vista de la eficiencia del sistema, el parámetro que verdaderamente nos va a permitir *evaluar la intensidad* con la que se está protegiendo el empleo es el estudio de aquellos que efectivamente posibilitan lo que la doctrina laboral ha denominado *movilidad externa*, porque, en último término, son los que delimitan la frontera entre la continuidad y la no continuidad en el empleo.

Lo que, en el plano del análisis del *derecho sustantivo* – y por tanto, del *enfoque desde la perspectiva de la dogmática jurídica* –, desvela un aspecto trascendental en la delimitación del objeto de estudio, pues, *obliga* a la realización de un exhaustivo examen del régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo (con mucho mayor detalle que el prestado al resto de institutos). Lo que no quiere decir, y conviene aclararlo desde un principio, que, *desde un punto de vista dogmático-jurídico*, la estabilidad en el empleo se reduzca al régimen jurídico de la extinción, sino que *desde la perspectiva analítica de la economía*, y considerando a la pérdida del trabajo como un riesgo, la *movilidad externa* es el factor más relevante, por cuanto que es el parámetro que nos va a permitir evaluar la efectiva eficiencia (o éxito, si se prefiere) con la que el Legislador persigue sus objetivos. Lo que, a su vez, debería permitirnos averiguar (o, por lo menos, intuir), qué precio está dispuesta a pagar la sociedad española para mantener el empleo y, sobre todo, si se satisfacen adecuadamente los intereses de los ciudadanos al respecto. Teniendo siempre presente que conforme a nuestro modelo social, político y económico el empleo no puede mantenerse a cualquier precio.

La aceptación de estos planteamientos debe permitirnos defender, en hipótesis, las siguientes proposiciones (tres). La primera, nos llevará a aseverar la trascendencia, a nuestro

modo de ver fundamental, de la *eficiencia* como valor al que debe aspirar toda norma jurídica y, por supuesto, también, las jurídico-laborales. Lo que, trasladado al ámbito que nos ocupa, se traduce en su participación en la traducción jurídica de las decisiones políticas dirigidas a configurar el fomento y la protección del empleo, en concurrencia con el resto de valores sociales. Y, derivado de lo anterior, que el aparato analítico de la economía es una herramienta analítica que puede resultarnos de una gran ayuda para comprender las medidas de protección del empleo. Sin embargo, a fin de que no quepan dudas sobre el posicionamiento conceptual que se sostiene en este estudio, conviene resaltar desde este instante (y sin perjuicio de su exposición posterior detallada) que la validez de esta *primera proposición* en el ámbito jurídico y, más concretamente, en el laboral bascula sobre *tres premisas conceptuales irrenunciables*. Primera, conviene tener presente que la conjunción de lo Económico con el Derecho tiene como *premisa metodológica fundamental* la salvaguarda de la naturaleza de la norma y no su evaluación con criterios y postulados estrictamente económicos. Es decir, siguiendo a COSSÍO DÍAZ, se parte de la base de la independencia y prelación del enfoque dogmático del derecho respecto del enfoque económico. Posicionamiento que se justifica porque sólo mediante el uso de la dogmática es posible la adecuada formulación de los significados de las normas, y éstos constituyen los supuestos de las hipótesis que permitan un análisis de tipo económico<sup>31</sup>. Segunda, con pretensión axiomática, debe partirse de la idea de que la *eficiencia* es *uno, entre otros*, de los valores sociales que rigen cualquier modelo social y, por ello, uno de los que inspiran (o debería inspirar) la estabilidad en el empleo. Rechazándose, por tanto, las tesis que le atribuyen virtualidad *universalista*. Y, tercera, la admisión de la eficiencia como valor intrínseco exigible a toda norma, no debe esconder que el universo del discurso del método económico es esencialmente limitado<sup>32</sup>. Lo que, por otra parte, no quita que con este método, siguiendo a CALABRESI, se puedan “alcanzar ciertos resultados, ciertos modos de vivir y de observar las cosas que son bastante prácticos y que, consiguientemente, constituyen en sí mismos una ventaja”<sup>33</sup>. El criterio de la eficiencia puede constituirse en una herramienta de interpretación útil para “vislumbrar problemas no planteados en la teoría jurídica como es el de evaluar cuáles sean los medios jurídicos arbitrados para conseguir un determinado objetivo social, sobre todo si se parte de la perspectiva de que ‘*lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue*’”.

Como segunda proposición, asumiendo – como se ha dicho - las *limitaciones intrínsecas del aparato analítico de la economía y respetando siempre el análisis que ofrece la dogmática jurídica*, el

---

<sup>31</sup> COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 237 y 238.

<sup>32</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*. DOXA nº 4, 1987, p. 267.

<sup>33</sup> CALABRESI. *Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho*, op. cit., p. 221. Aunque, conviene señalar que el propio autor advierte que, a pesar de las ventajas, el análisis económico del derecho entraña también ciertos límites o defectos “en comparación con las virtudes de otros métodos”; lo que no obsta que los otros métodos también estén “cargados de defectos” (p. 222).



estudio que proponemos a continuación nos ha de permitir construir un *esquema conceptual* que, con una finalidad analítica, nos permita *interpretar* la norma jurídico-laboral desde la perspectiva conductista de la economía, a fin de poder identificar y evaluar su grado de *eficiencia* en la protección del empleo (descartando, conviene avanzarlo ya, el análisis de la estabilidad desde la perspectiva de la econometría). Desde esta plataforma conceptual estaremos en disposición, al menos, de *jugar* con los principales vectores jurídico-positivos que describen el universo de la protección del empleo, posibilitando la descripción de varios escenarios posibles. El interés de este ejercicio reside, especialmente, en que nos ofrecerá una (“nueva” y) poderosa metodología analítica para evaluar la validez de las normas que salvaguardan el empleo. Y, sobre todo, al ofrecernos más información respecto de las *posibles* reacciones del individuo ante la norma, nos *facilitará* la tarea de describir (o, mejor dicho, construir) el modelo normativo que, en función del objetivo que se persiga (el nivel de estabilidad en el empleo que se quiera alcanzar), posibilite su consecución de la forma menos costosa. Dando pie a determinadas propuestas de *lege ferenda*.

Y, finalmente, como tercera proposición, el enfoque analítico de la economía resultará especialmente relevante porque (en hipótesis) nos permitirá dar a conocer una realidad *absolutamente trascendental* (a pesar de su aparente carácter contradictorio como se observará): que en el actual Derecho del Trabajo español se ha confundido y se está confundiendo – a nuestro juicio, interesadamente - la búsqueda de la *eficiencia “intrínseca” de la norma jurídico-laboral* con la *liberalización del factor trabajo* o con el Derecho de la Economía, de la economía desreglamentada o mejor reglamentada (LYON-CAEN)<sup>34</sup>. Aspectos, sin duda, *claramente diferenciables*, pues, como se tratará de demostrar a través de la propia ciencia económica, *no es cierto que un menor intervencionismo sea siempre sinónimo de un incremento de la eficiencia*.

- Antes de proceder al análisis de todas estas cuestiones, debemos manifestar que somos absolutamente conscientes del reto que conlleva la investigación que nos proponemos llevar a cabo, especialmente, por la extraordinaria extensión del objeto de estudio y su indudable complejidad. No obstante, es la magnitud de este desafío lo que, precisamente, centra poderosamente nuestra atención, mostrando su fuerza atractiva, y nos impulsa a afrontar un tema de estudio de extraordinario (e ineludible – a nuestro entender) interés *científico-jurídico, político y social*. En las páginas que siguen, trataremos, en la medida de nuestras posibilidades, de dar luz sobre las diversas hipótesis anunciadas.

---

<sup>34</sup> *Vid.* al respecto también, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Derecho del Trabajo y racionalidad*. RI. nº 5, 2006, p. 1 y ss.



## PRIMERA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

### CAPÍTULO I.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.

#### *A.- La estabilidad en el empleo: definición.*

Como punto de partida de nuestro análisis, es imprescindible que expongamos a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de la “estabilidad en el empleo”. La “estabilidad en el empleo” es una derivación del principio de derecho común de conservación del negocio jurídico que opera en el Derecho del Trabajo para atender a los diversos riesgos que sobrevenidamente pueden afectar a la continuidad del contrato de trabajo *a lo largo de la duración pactada*<sup>1</sup>. Por consiguiente, siguiendo a PALOMEQUE LÓPEZ en su obra de referencia al respecto, no puede afirmarse que sea un “principio de conservación peculiar y característico del contrato de trabajo, sino una agudización de los perfiles del principio general de conservación negocial”<sup>2</sup>. Circunstancia de extraordinaria relevancia, por cuanto que, de ser cierta, posibilitaría que la construcción dogmática de este principio, desarrollada por la doctrina civil, sea *exportable* en su conjunto al ámbito laboral.

En la doctrina civil, siguiendo con el citado autor, se parte de la base de que la conservación del negocio jurídico es “una noción jurídica positiva que expresa o evidencia el dato real manifiesto en nuestro sistema de Derecho común, de favorecimiento de la subsistencia y perdurabilidad del acto negocial. Noción que, formulada como principio o proposición general, alude a una singular toma de posición de política legislativa en favor de la viabilidad de la realidad negocial”<sup>3</sup>. La noción de conservación del contrato (que no es más que un aspecto del más amplio y general principio de conservación del acto jurídico - *utile per inutile non viciatur, magis valeat quem pereat* – en los aforismos tradicionales<sup>4</sup>), viene motivada originariamente por una exigencia lógica consecuente con cierta política legislativa, en cuya base

---

<sup>1</sup> “La conservación negocial se presenta, así, como el conjunto de mecanismos jurídicos en cuya virtud son superados los obstáculos o deficiencias que pueden amenazar la viabilidad de un negocio determinado, asegurando la plena eficacia del mismo”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 44.

<sup>2</sup> BRANCA. *Conservazione del rapporto di lavoro*. cit. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., nota 148, p. 65. RIVERO LAMAS mantiene otro criterio al afirmar que “el denominado principio de continuidad de la relación en la disciplina laboral, no es posible considerarlo como un precipitado de diversas formas de cristalizarse la conservación del negocio, como la realización de este principio de Derecho común en la esfera laboral. No se trata tan sólo de conservar la relación laboral establecida, sino de limitar las facultades del empleador. RIVERO LAMAS. *Estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico laboral español*. RPS nº 70, p. 198 y 199.

<sup>3</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 57.

<sup>4</sup> ALMAGRO NOSETE. *Art. 1284*. En “Comentario del Código Civil” (Coord. Sierra Gil de la Cuesta). Bosch. Barcelona, 2000, p. 652.

se encuentra el poder concedido a la autonomía privada para la creación, modificación y resolución de realidades negociales<sup>5</sup>. Lo que, en definitiva, busca el principio de conservación del negocio es la “adopción de un significado que permita la producción de la eficacia del acto”, esto es, el “desencadenamiento de la eficacia negocial típica, según la especie de acto jurídico de que se trate, la producción, en suma, del cuadro general de efectos propio de acto”<sup>6</sup>.

Principio, que como se sabe, en el ámbito del Derecho común es calificado como un principio jurídico general, *ex art. 1 CC*. La doctrina (PALOMEQUE LÓPEZ) ha destacado que el mencionado principio, decantado por vía inductiva a partir de la interpretación contractual de diversos institutos jurídicos, opera en el ámbito del Derecho común principalmente como un canon hermenéutico. En concreto, “la idea de la conservación cobra su papel preponderante dentro del ámbito general de la interpretación del negocio jurídico, como específico canon o precepto interpretativo. La noción aparece cuando, entre diversos criterios de interpretación de que sea susceptible un acto jurídico, se manifiesta la preferencia en favor de aquel que potencie la eficacia del mismo o de una de sus cláusulas”<sup>7</sup> (y estrechamente vinculado a la raíz de la “interpretación objetiva del negocio”<sup>8</sup>). Este canon interpretativo viene recogido normativamente en el art. 1284 CC<sup>9</sup>. Y, la identificación de esta regla interpretativa con el

---

<sup>5</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 21 y 22. Autor que afirma que “la tendencia de conservar al máximo la actividad negocial puede derivar causalmente de la preliminar potenciación de la autonomía negocial en poder de los particulares, respondiendo, en consecuencia a una exigencia de mantenimiento de los valores en el mundo del Derecho”. De tal modo que “la emergencia y consolidación del precepto de autonomía privada en que el negocio jurídico consiste supone, normalmente, una cierta permanencia de aquel reglamento privado. Cuando el negocio ha sido celebrado, hecho que supone el desencadenamiento de la eficacia del acto, lo que propiamente sucede (...) es la ‘instauración de la reglamentación contenida en el negocio y, por ello, la necesidad de que las partes ajusten su conducta a esta reglamentación’. La eficacia del negocio jurídico, consistente en la instauración de una determinada relación jurídica reglada por la voluntad de los particulares y permitida por el Derecho, se erige en presupuesto de lo que (...) indagaremos como conservación negocial. PALOMEQUE LÓPEZ, *op. cit.*, p. 22, 29 y 30.

<sup>6</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 36 y 37.

<sup>7</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 31. Según el citado autor, cabe predicar la noción, cuando ‘conforme al principio *quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimus est id accipi, quo res, qua de agitur in tuto sit* (siempre que en las estipulaciones hay una oración ambigua, es lo más conveniente que se entienda aquello por lo que quede a salvo la cosa de que se trata), la cláusula cuestionada (deba) entenderse en el sentido más adecuado para que produzca efecto”.

<sup>8</sup> Una exposición de la diferencia entre la interpretación objetiva y subjetiva en, BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*. Comares. Granada, 2000, p. 294 y ss; y PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 33 a 37. Para LÓPEZ Y LÓPEZ, en cambio, el art. 1284 CC por ser reflejo del expresado principio de conservación, tiene una función preliminar preservativa del logro de la intención común de las partes, función a la que posiblemente no se refiere en su tenor literal, pero en él está implícito. Ello supone posibilitar la interpretación subjetiva, evitando una reducción al absurdo del contrato, y con él, del intento o propósito de las partes (...). En estos límites no podemos decir que el art. 1284 sea puramente una norma de interpretación objetiva. Ante una patente intención de las partes, el art. 1284 impide que una defectuosa o inadecuada interpretación de un aspecto parcial del contrato la prive de efectos. Algunas sentencias se han apercibido de que el recurso al principio de conservación no supone desligarse de la averiguación de cuál fue la intención de los contratantes. Ahora bien, es claro que puede suceder que no haya modo de establecer cuál fue el común propósito contractual de los interesados. Entonces, agotado este criterio, el art. 1284 asume claramente el papel de una norma de interpretación objetiva”. LÓPEZ Y LÓPEZ. *Art. 1284*. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XVII, Vol. 2º. EDESA, 1989, p. 51. Optando por la prevalencia de la interpretación subjetiva, ALMAGRO NOSETTE. *Art. 1284*, *op. cit.*, p. 652.

<sup>9</sup> Art. 1284 CC: “Si alguna cláusula de los contratos admitiera diversos sentidos deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”. Una aproximación al tratamiento de este principio en el derecho comparado en, PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 38, p. 32.

“principio de conservación del negocio jurídico” ha sido puesta de manifiesto unánimemente por toda la doctrina civil<sup>10</sup> y por los órganos jurisdiccionales<sup>11</sup>. Se afirma que la raíz o *fundamento* reside en “la suposición de que los contratos se celebran con un fin, y para que produzcan resultado, sea el que fuere; por tanto, la ineficacia de lo que se estipuló no puede ser nunca la solución preferida por el derecho”<sup>12</sup>. Y, en este sentido, DÍEZ-PICAZO sostiene que está fundado en los siguientes argumentos: “no es razonable pensar que las partes insertando una cláusula no han querido decir nada; que se trata de una regla dictada por la razón porque en un acto serio como es un contrato no es presumible que se haya querido hablar sin decir nada o insertar una cláusula inútil; que, en suma, es natural pensar que las partes contratantes han querido hacer una cosa seria y útil”<sup>13</sup>.

El art. 1284 CC, siguiendo la exposición de LÓPEZ Y LÓPEZ, se refiere a una dicotomía entre un sentido que priva a la cláusula o al contrato ambiguo de sentido, frente a otro bien distinto que se la da. Por consiguiente, “es un binomio eficacia-ineficacia lo que late debajo de la expresión ‘diversos sentidos’ [ex art. 1284 CC], favoreciendo la producción de la primera”<sup>14</sup>. De todos modos, prosigue el citado autor, conviene advertir que es preciso que concurra la citada dicotomía, esto es, “que exista una duda entre producción y no producción de efectos”; pues, contradeciría el sentido de la norma que se optara por entender que siempre debe suponerse eficaz toda cláusula o contrato; dado que pueden darse situaciones en las que la única interpretación viable sea la ineficacia<sup>15</sup>. Precepto que, por otra parte, tampoco es aplicable a las situaciones en las que existiendo varias interpretaciones, atribuyendo algún grado de

---

<sup>10</sup> En este sentido, entre otros, **DE CASTRO Y BRAVO**. *El negocio jurídico*. Civitas. Madrid, 1985, p. 88; y **DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ**. *Arts. 1281 a 1289*. En “Comentarios al Código Civil (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano). Aranzadi. Pamplona, 2001, p. 1504.

<sup>11</sup> SSAP Madrid 16 de octubre 2006 (JUR 2007\46503); y 28 de febrero 2006 (JUR 154756); León 14 de febrero 2006 (JUR 111717); Girona 19 de octubre 2006 (JUR 50146); Las Palmas 3 de octubre 2005 (JUR 262224); Málaga 29 de septiembre 2005 (JUR 2006\21570); Álava 27 de septiembre 2005 (JUR 2006\2989); Barcelona 9 de marzo 2005 (JUR 116356). O, como afirma la SAP Madrid 28 de marzo 2006 (JUR 153119) “este artículo [art. 1284 CC] excluye aquellas interpretaciones que hagan las cláusulas de un contrato baldías, inútiles o ilusorias (STS\Civil 18 de abril 1941, Ar. 504), estando inspirado en el principio de conservación del negocio jurídico que obliga a preferir en los casos dudosos aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas (STS\Civil 30 de octubre 1964, Ar. 3537; y en el mismo sentido la de 13 de junio 1964, Ar. 3537). El artículo 1284 del Código Civil es una norma de interpretación objetiva que pretende una interpretación del contrato en vía de alcanzar su eficacia y lo que intenta evitar, dentro de una interpretación sistemática, son las interpretaciones baldías, o ilusorias, sin imponer un determinado sentido (STS\Civil 2 de febrero 1952, Ar. 279; 13 de junio 1964, Ar. 3537; y 30 de mayo 1991, RJ 3947)”.

<sup>12</sup> **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil español*. Tomo VIII. Vol 2. Reus. Madrid, 1950, p. 524. O, como recoge PUIG BRUTAU, “la interpretación ha de procurar que el contrato sea eficaz, por ser más natural entender que por ello es lo que corresponde a la voluntad de las partes”. **PUIG BRUTAU**. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol I. Bosch. Barcelona, 1988, p. 234.

<sup>13</sup> **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol I. 4ª Edición. Tecnos. Madrid, 1993, p. 371.

<sup>14</sup> **LÓPEZ Y LÓPEZ**. *Art. 1284, op. cit.*, p. 49. O, como afirma DÍEZ-PICAZO, “entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última”. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, op. cit.*, p. 370. En términos similares, **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil español, op. cit.*, p. 524; y **DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ**. *Arts. 1281 a 1289, op. cit.*, p. 1504.

<sup>15</sup> En términos similares, **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil español, op. cit.*, p. 525.

eficacia a la cláusula o contratos ambiguos, pues, el precepto “no autoriza a defender una determinada interpretación, teniendo declarado reiteradamente la jurisprudencia que lo único que intenta evitar son las interpretaciones baldías o ilusorias, sin imponer un determinado sentido”<sup>16</sup>.

No obstante, en la doctrina civil (especialmente la italiana), se ha defendido que el principio de conservación puede lograr otra meta distinta a la descrita (la “*consecución de un cierto significado útil*”). En efecto, se afirma que el principio de conservación de los contratos significa que “las fórmulas o expresiones de sentido ambiguo deben ser interpretados en su *máximo significado útil*, atendiendo a la eficacia jurídica del contrato, y, por tanto, teniendo a dar valor a la aplicación de la autonomía privada”<sup>17</sup>. Criterio que no ha sido recogido por la doctrina española, entendiéndose que “para que se cumpla el tipo normativo previsto en dicho precepto [art. 1284] basta la producción de un ‘efecto’, el desencadenamiento de la eficacia negocial típica, según la especie de acto jurídico de que se trate, la producción, en suma, del cuadro general de efectos del propio acto”<sup>18</sup>. Por otra parte, a pesar de que el art. 1284 CC sólo se refiere a las “cláusulas” y no al entero “contrato”, la doctrina civil ha entendido que “para extender la norma al contrato entero basta pensar que si al Derecho le interesa el mantenimiento de un pacto, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento del entero negocio”<sup>19</sup>. Incluso, se admite su aplicación a la realidad del negocio jurídico como categoría general<sup>20</sup>.

De todos modos, conviene matizar, siguiendo a PALOMEQUE LÓPEZ, que la actuación de lo que denominamos ‘principio de conservación’ del negocio jurídico no se agota, en base al sistema de nuestro CC, en el ámbito estrictamente hermenéutico, pues, también “deja sentir su

---

<sup>16</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ. *Art. 1284, op. cit.*, p. 49. En términos similares, Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, op. cit.*, p. 371. En concreto, la STS 28 de noviembre 1975, declara que “si bien tiene declarado esta Sala en su sentencia de 30 de octubre de 1944 que el principio de conservación del negocio jurídico, recogido en el art. 1284 del Código Civil, obliga a preferir, en los casos dudosos, aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas, este principio no puede ser entendido en términos tan absolutos que cuando alguna cláusula del contrato admitiere diversos sentidos, tenga que declararse necesariamente su validez, puesto que también es doctrina de esta Sala que el referido artículo no exige que la interpretación atribuya a la cláusula dudosa un efecto determinado (sentencias, entre otras, de 18 de abril 1941 y 27 de mayo 1966), de tal suerte que puede llegar a declararse la invalidez de la misma si determinado su sentido mediante la aplicación de las restantes reglas de hermenéutica contractual pugna el contenido de ella con el de una norma imperativa o prohibitiva”, *cit. LÓPEZ Y LÓPEZ. Art. 1284, op. cit.*, nota 4, p. 49.

<sup>17</sup> [La cursiva es nuestra] BETTI. *Teoría general del negocio jurídico, op. cit.*, p. 305 y 306. En contra, Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, op. cit.*, p. 371; y LÓPEZ Y LÓPEZ. *Art. 1284, op. cit.*, p. 49.

<sup>18</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 37.

<sup>19</sup> Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial, op. cit.*, p. 372. A la misma conclusión llega, PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 234; y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ. *Arts. 1281 a 1289, op. cit.*, p. 1504.

<sup>20</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 37. En cuanto a las condiciones de aplicación normativa del principio de conservación como canon hermenéutico, el citado autor señala las siguientes: 1.- Necesidad de duda previa sobre la intención de las partes; 2.- Susceptibilidad de un sentido plural de la interpretación; 3.- Aplicación subsidiaria del principio de conservación; 4.- El principio de conservación actúa respecto del propio negocio en su conjunto. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 37 a 44.

influencia en otros importantes ámbitos del desenvolvimiento negocial”<sup>21</sup>. Es decir, el art. 1284 CC “no plasma el principio general de conservación (no se trata de un principio, sino de una ley aplicable ‘prima facie’), sino un criterio positivo de interpretación contractual, que constituye una importante plataforma en la investigación inductiva que conduce a la formulación del principio”<sup>22</sup>.

Las ‘otras’ manifestaciones del principio de conservación (más allá de la estrictamente hermenéutica) están presentes en varios ámbitos: en la subsanación de la *invalidéz* del negocio (empleando las categorías conceptuales expuestas por ALONSO GARCÍA<sup>23</sup>), en la novación y en la resolución del contrato.

Los supuestos de subsanación de la invalidez del acto se presentan como “un conjunto de mecanismos jurídicos en cuya virtud son superados los obstáculos o deficiencias que puedan amenazar la viabilidad de un negocio determinado, asegurando la plena eficacia del mismo”<sup>24</sup>. En concreto (y de un modo sintético) esta influencia se manifiesta en un triple aspecto: primero, mediante la convalidación de los negocios anulables, *ex art.* 1310 CC<sup>25</sup>. En este sentido, el impacto del *favor negotii* puede apreciarse en la superación de los defectos que afectan a los presupuestos de validez del contrato o bien de un vicio en alguno de los elementos esenciales del mismo. Dentro de la primera categoría, la incidencia de la conservación del negocio se ha mostrado a la hora de aplicar las normas jurídico-civiles relativas a la capacidad para emitir consentimiento válido. En este sentido, según la SAP Castellón 21 de febrero 2005<sup>26</sup>, “toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse su capacidad para emitir consentimiento válido en tanto no se demuestre de forma inequívoca y concluyente que al tiempo de realizar la declaración de voluntad contractual tenía enervadas las potencias anímicas, de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan al principio general de conservación del negocio jurídico (*favor contractii*). En consecuencia la carga de la prueba de la incapacidad mental del contratante en el momento decisivo del otorgamiento del contrato impugnado - al que han de venir referidas las condiciones físicas y síquicas determinantes de la

---

<sup>21</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 33.

<sup>22</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 63.

<sup>23</sup> ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*. RDP, Tomo XL, 1956, p. 454. Por su parte, PALOMEQUE LÓPEZ emplea el término ‘ineficacia’, para referirse a los supuestos de anulabilidad, nulidad y nulidad parcial. No obstante, este término, siguiendo con ALONSO GARCÍA, debería atribuirse a los supuestos de *revocación, rescisión, resolución y desistimiento*.

<sup>24</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 44.

<sup>25</sup> “El mecanismo de la convalidación responde, en definitiva, a la idea de la conservación negocial, al configurar una posibilidad de intervención conferida al sujeto legitimado y encaminada a evitar la pérdida de eficacia e, incluso, desaparición del negocio jurídico”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 46.

<sup>26</sup> JUR 88073.

plena capacidad - corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad, que es a quien compete su cumplida y concluyente justificación”<sup>27</sup>.

La idea de conservación también puede apreciarse para superar la existencia de un vicio en alguno de los elementos esenciales del contrato. Por ejemplo, cuando se trata de valorar el error en el consentimiento. Como se sabe, para que este vicio tenga trascendencia anulatoria debe cumplir determinados requisitos. De modo que su sentido, por tanto, “es excepcional en cuanto los tribunales con actitud restrictiva basada en criterios de utilidad práctica han de procurar hacer valer el principio de conservación del negocio jurídico”<sup>28</sup>.

La idea de la conservación también se evidencia mediante la conversión de negocios nulos<sup>29</sup>. En esta línea, el *favor negotii* opera en determinados supuestos de nulidad del contrato como, por ejemplo, la simulación. Muestra de ello la encontramos en la SAP Bizcaia 24 de mayo 2006<sup>30</sup> cuando afirma que “Puede afirmarse además sin lugar a dudas, que en pocas materias como en la simulación, adquiere tanta significación las reglas de la carga de la prueba, pues en base al principio de conservación del negocio jurídico, se presume que la declaración de las partes coincide con lo verdaderamente querido en tanto quien quiere afirmar lo contrario no lo pruebe. De este modo, quien alega que un negocio es simulado, debe demostrar la veracidad de lo que dice, estándose en caso de duda por la validez del acto. Puede por tanto sostenerse que la prueba de la simulación incumbe a quien afirma su existencia, y en tanto no se haga así en aras de la seguridad de los negocios y la buena fe que ha de presidir las transacciones, el derecho presume que ambas coinciden al amparo del artículo 1.277 del Código Civil del que se desprende en principio, que se presume que la causa es verdadera y quien afirma que ésta es falsa alegando que encubre otra susceptible de hacer al negocio inválida es a quien corresponde probarlo”<sup>31</sup>.

Y, también mediante la posibilidad de sustituir las cláusulas nulas del negocio jurídico<sup>32</sup>.

Más allá de estos supuestos de *inefectividad* del negocio jurídico, el *favor negotii* también está presente en dos ámbitos más. Primero, en la presunción jurisprudencial de la novación

---

<sup>27</sup> En términos similares, SAP Soria 22 de febrero 2003 (JUR 94147).

<sup>28</sup> SJPI Valencia (nº 17) 11 de septiembre 2001 (JUR 271858).

<sup>29</sup> “Parece cierto que en la base de la conversión negocial, junto al hecho de que el negocio nulo no debe producir efecto alguno (“quod nullum est, nullum producit effectum”), se encuentra la consideración de que la voluntad negocial habría sido eficaz en caso de haber generado otro tipo de negocio semejante. La conversión es un instrumento jurídico por virtud del cual se evita la nulidad de un negocio en base a una potenciación de la voluntad del sujeto”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 46.

<sup>30</sup> JUR 2007\97177.

<sup>31</sup> En términos similares, SSAP Bizcaia 14 de febrero 2006 (JUR 155273); Valencia 14 de julio 2005 (JUR 202778).

<sup>32</sup> “El instituto de la nulidad parcial del negocio jurídico (...) en su proyección sobre el contrato de trabajo, constituye una manifestación cualificada del ámbito de actuación de la conservación negocial. La acertada tendencia del legislador a circunscribir la nulidad, en el seno del negocio jurídico, a la sola parte inválida y a mantener en vida los mismos negocios en cuanto al resto de su parte válida, se apoya concordemente por la doctrina en el fundamental principio de la conservación del negocio jurídico, entendido en su más amplia y natural acepción de manifestación del ordenamiento jurídico destinada a salvaguardar, en cuanto posible, los valores en el mundo del Derecho”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 47. En la jurisprudencia actual, STS [Civil] 31 de julio 2007, rec. 3235/2000;y SAP Madrid 19 de febrero 2001 (JUR 158463).



modificativa<sup>33</sup>. Y, finalmente, otro de los supuestos en los que puede apreciarse la influencia de la conservación del negocio jurídico es el de la resolución del contrato, *ex art.* 1124 CC. Lo cierto es que, en un primer nivel de análisis, esta aseveración puede resultar contradictoria, pues, la resolución busca la ineficacia del vínculo negocial. A pesar de esta aparente incompatibilidad, puede afirmarse que la conservación del negocio jurídico se manifiesta en la acción resolutoria, porque – según la doctrina jurisprudencial - se parte de una interpretación restrictiva de dicha facultad, “en base a la idea de subsistencia y favorecimiento del vínculo contractual”<sup>34</sup>.

En definitiva, todas estas manifestaciones vienen a confirmar el planteamiento propuesto por PALOMEQUE LÓPEZ, cuando afirma que “es manifiesta en nuestro sistema jurídico la tendencia legislativa a la conservación y favorecimiento de la eficacia del negocio. De ahí que inducida la noción general, devenga punto de partida que permita al intérprete la aplicación del principio para casos no previstos legalmente, desarrollando su acción creadora”<sup>35</sup>.

En cualquier caso, no conviene confundir el principio de conservación negocial con las singulares normas positivas en que cristaliza alguna de sus manifestaciones. De hecho, avanzado alguno de los aspectos que serán objeto de un estudio pormenorizado con posterioridad, conviene reiterar la idea de que las sucesivas manifestaciones del principio contenidas en el derecho positivo, no son más que un punto de partida para la investigación inductiva que conduce a la formulación del principio (PALOMEQUE LÓPEZ).

Centrándonos en la perspectiva laboral, y siguiendo con el planteamiento de PALOMEQUE LÓPEZ, puede afirmarse que el *favor negotii*, sin duda, “desempeña en el seno de la relación jurídico-laboral un importante papel, que se manifiesta en la propia estructura y configuración del contrato de trabajo como negocio de gran vitalidad y resistencia en su duración”<sup>36</sup>. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico actual, no tiene un reconocimiento positivo expreso, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a calificarlo - con acierto - como un principio general “ágrafo”<sup>37</sup>.

En lo que se refiere a su estructura y contenido, las diversas manifestaciones del principio de conservación contenidas en el derecho común concurren (en su mayor parte) en el

---

<sup>33</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 53.

<sup>34</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 49 y 53. *Vid.* también MOSCO. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Ed. Dux. Barcelona, p. 111 y 112. Aunque cabría añadir, la existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida.

Aunque PALOMEQUE LÓPEZ puntualiza que “tal vez convenga reflexionar, en todo caso, sobre si en la base del art. 1124 CC se encuentra el principio de conservación del negocio jurídico o, más propiamente, una manifestación del carácter sinalagmático de las obligaciones recíprocas, o ambos extremos conjuntamente”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, nota 88, p. 50.

<sup>35</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 64.

<sup>36</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 64 y 65.

<sup>37</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores, op. cit.*, p. 41.

ámbito del contrato de trabajo, aunque con mayor intensidad (y adaptadas a la propia lógica de la disciplina)<sup>38</sup>. Una de las cuestiones a debatir es la relativa a la averiguación de las circunstancias por las que, en un momento determinado de la Historia, se decide imprimir al contrato de trabajo de mayores dosis de continuidad. Y, al respecto, en una primera aproximación, cabe entender que el motivo por el que se decide incrementar en número e intensidad las manifestaciones jurídico-positivas del *favor negotii* es porque de la continuidad del contrato de trabajo depende en gran medida la paz social<sup>39</sup>. Planteamiento en el que subyace el “fundamento histórico-positivo del ordenamiento laboral, de clara naturaleza tuitiva, donde la estructura de la relación emanada del contrato de trabajo se potencia y conserva ‘ope legis’, de cara a la protección y tratamiento más favorable de uno de los sujetos, el trabajador, como parte más débil de la relación jurídica”<sup>40</sup>. Por este motivo, podemos afirmar que la estabilidad en el empleo es consustancial a la existencia del Derecho del Trabajo y a la organización de las relaciones de trabajo alrededor del contrato por cuenta ajena<sup>41</sup>.

No obstante, tal y como se tratará de exponer más adelante, la “idea” de la estabilidad en el empleo no se agota en la suma de los concretos institutos jurídico-positivos creados con el fin de posibilitar la continuidad del contrato de trabajo (aunque, como se ha apuntado, es a través de ellos que de forma inductiva se *decanta* principalmente esta manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico). O, dicho de otro modo, desde la perspectiva de la categorización de las normas jurídicas, la necesidad de preservar la continuidad del contrato de trabajo juega en el Derecho del Trabajo un papel esencial, pues, no sólo está presente y da sentido a determinadas “reglas jurídicas”, sino que también opera como un “principio” (fundamental) de esta rama del ordenamiento jurídico. Y, más concretamente, siguiendo a MIÑAMBRES PUIG, puede afirmarse que la estabilidad en el empleo forma parte del contenido esencial del principio *pro operario*, “a modo de manifestación por excelencia del *favor*

---

<sup>38</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 67. Esto es, conservación del negocio como principio hermenéutico (art. 1284 CC); conservación negocial en la subsanación de la ineficacia del acto; el principio de conservación en el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC; y la presunción jurisprudencial por la novación modificativa (p. 31 a 55).

<sup>39</sup> En términos similares, PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 66. No obstante, la doctrina laboral ha destacado otros objetivos concurrentes. Por ejemplo, para BAYÓN CHACÓN, “a) La conservación del contrato de trabajo es socialmente conveniente en cuanto tal contrato ha estabilizado unas determinadas relaciones humanas; b) Tal conservación es socialmente adecuada en cuanto que por sí misma es una garantía de la seguridad del tráfico jurídico laboral; c) Dicha conservación es socialmente necesaria en cuanto que constituye en sí misma un bien jurídico: el de la estabilidad en el empleo”. BAYÓN CHACÓN. *La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970, p. 43. Y, para MONTOYA MELGAR, “carecer de trabajo no es ya sólo verse privado de los medios habituales de subsistencia (que, en el mejor de los casos, pueden ser parcial y temporalmente sustituidos por prestaciones de la Seguridad Social), sino que es también verse sumido en una situación de degradación personal que puede llegar hasta el aniquilamiento de los sentimientos de dignidad, de autoestima y de autoconciencia, y, por supuesto, hasta el aniquilamiento de cualquier actitud de solidaridad social”. MONTOYA MELGAR. *La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España*. RPS nº 118, 1978, p. 46.

<sup>40</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>41</sup> Una opinión discordante al respecto, GARCÍA FERNÁNDEZ. *La formación del Derecho del Trabajo*. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, p. 21 y 22.

*laboratoris*”; cumpliendo por ello una “función directiva general en el proceso de creación del Ordenamiento jurídico laboral, condicionando el contenido que haya que darse a las normas jurídicas en trance de elaboración”<sup>42</sup>. Esto es, actuando como un *principio general* del Derecho del Trabajo. De todos modos, es claro que ésta es una afirmación que conviene someter a una prueba de certeza o validez, no sólo para comprobar hasta qué punto la estabilidad en el empleo actúa en el como un verdadero principio jurídico, sino también para determinar cuál es su contenido y, en definitiva, su vigencia en la legislación actual. Aspectos que serán analizados en el *Capítulo III* de esta *Primera Parte* del estudio. No obstante, sin perjuicio de lo que se expondrá, debemos tener en cuenta que las consecuencias derivadas de la aceptación de este planteamiento son múltiples. En primer lugar, en tanto que “principio”, opera como canon o precepto hermenéutico. Lo que implica que, en el ordenamiento jurídico laboral, la idea de la conservación del negocio jurídico aparece como preferente. De tal modo que, como expone PALOMEQUE LÓPEZ - que cita a su vez a DÍEZ PICAZO - “entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirse debe optarse por esta última”<sup>43</sup>. Pero su proyección no se limita a esta función interpretativa, pues, también juega un papel fundamental en la creación, la integración y la construcción del Derecho del Trabajo. Aspectos sobre la que nos detendremos con más detalle posteriormente.

Por otra parte, desde la perspectiva de las “reglas jurídicas”, las manifestaciones jurídico-positivas creadas con el fin de promover o salvaguardar la estabilidad en el empleo también son múltiples y variadas. Como se sabe, en el ordenamiento jurídico-laboral actual las instituciones que recogen esta “idea” son: la nulidad parcial, la limitación del período de prueba, la tácita reconducción de los contratos sometidos a término, la transmisión de empresa, el *ius variandi*, la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, la suspensión de la relación de trabajo y, finalmente, la extinción causal del contrato de trabajo. El denominador común de todos y cada uno de estos institutos (o *leitmotiv*) es que participan intensamente de la idea de preservar la continuidad del contrato de trabajo, como mecanismo para salvaguardar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia a través del trabajo por cuenta ajena. Se trata de instrumentos jurídicos creados con el fin de proteger al contrato de determinados riesgos sobrevenidos que pueden afectar a su continuidad. Y, desde esta perspectiva, tienen un claro componente preventivo, pues, tratan de anticiparse al advenimiento de un riesgo no deseado, o mejor dicho, hasta el nivel socialmente aceptado. Por consiguiente, son instituciones que delimitan la voluntad con la que se aspira a proteger el empleo. Y, por ello, van a merecer nuestra atención en este estudio (*Capítulo IV* de esta *Primera Parte*). Aunque, como ya se ha advertido, poniéndose especial énfasis en el análisis del régimen jurídico de extinción del

---

<sup>42</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 46.

<sup>43</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 31.

contrato, por cuanto se erige en la última frontera jurídica de la continuidad. De todos modos, queremos poner de manifiesto que nuestra intención no es analizar pormenorizadamente la regulación jurídico-positiva de estos institutos, sino identificar aquellos factores de cada uno de ellos que promueven la estabilidad en el empleo; pues, de este modo, de su análisis en conjunto, en hipótesis, estaremos en disposición de dibujar la matriz de la protección del empleo en el ordenamiento jurídico español.

Como se habrá podido comprobar, al enunciar las manifestaciones positivizadas de la estabilidad en el empleo no se ha hecho mención a la cuestión relativa a la dimensión temporal del contrato. Esto es, a su duración o, desde otra perspectiva, a la limitación de la posibilidad de celebrar contratos sometidos a término. Un aspecto importante que conviene dejar sentado desde un principio, es que la libertad de las partes para fijar la duración del contrato de trabajo no afecta a la fortaleza de la estabilidad en el empleo. Sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y el propio Legislador tienden a asociar la estabilidad en el empleo con la duración del contrato y, más concretamente, con el contrato indefinido. O, dicho de otro modo, presentan a la estabilidad en el empleo y a la contratación temporal como conceptos antagónicos e irreconciliables. Planteamiento que no puede compartirse. Cuestión que, dada su indiscutible importancia desde un punto de vista conceptual, merece un apartado separado. Lo que, a su vez, nos permitirá acabar de perfilar el objeto de este estudio.

***B.- Cuestiones propedéuticas y especificación del objeto de estudio: en especial, la desvinculación de la “dimensión temporal” de la concepción de la estabilidad en el empleo.***

***I.- Primera delimitación del objeto de estudio: compatibilidad de la estabilidad en el empleo con la posibilidad de someter el contrato a un término.***

El término *estabilidad en el empleo* – parafraseando a PÉREZ REY<sup>44</sup> – admite diversos significados *complementarios y no excluyentes* que, en términos generales, pueden subsumirse conceptualmente entre dos parámetros: “duración” y “seguridad”, o lo que es lo mismo, *principio de continuidad de la relación laboral* (vinculado al tiempo) o *principio de mantenimiento del vínculo* (relativo a la seguridad). Ambos vectores se hallan intrínsecamente unidos, pues, existe el convencimiento de que si algo es estable, porque se perpetúa en el tiempo, se supone seguro. No obstante, a pesar de esta interrelación, es posible identificar espacios carentes de intersección, pues, “una realidad puede ser duradera sin necesidad de que tal circunstancia sea predecible”, por lo que podría afirmarse que es “estable, por duradera, pero inestable, por insegura”. Por consiguiente, si se acepta que el parámetro de la *durabilidad* de una relación laboral no es suficiente para atribuirle el calificativo de *estable* (puesto que “la duración puede ser un dato fáctico y verificable *a posteriori*”), se desprende que el núcleo esencial - y por tanto irreducible - de la *estabilidad en el empleo* reside en el concepto de *seguridad*. O, lo que es lo mismo, los elementos vinculados a la *dimensión temporal*, como sería la existencia de un término, no son sinónimos, *per se*, de *inestabilidad* de una relación contractual *puntual*<sup>45</sup>. Aunque, como es bien sabido, *puede derivar* en otro fenómeno independiente – aunque vinculado – bautizado como *eventualización* o *precarización*, si se emplea de un modo abusivo o contraviniendo la legalidad vigente<sup>46</sup>. La dimensión temporal es consustancial a lo que podría denominarse como principio de “estabilidad en la actividad”. Expresión cuyo significado se detalla pormenorizadamente con posterioridad.

---

<sup>44</sup> PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo*. Trotta. Madrid, 2004, p. 20 y 21. El significado literal del término estabilidad está definido por como “permanencia, duración en el tiempo; firmeza, seguridad en el espacio”.

<sup>45</sup> Sin olvidar, por otra parte, como ha recordado recientemente MONTOYA MELGAR que “la jurisprudencia social (por todas, STS, 20 junio 1988) [ha descartado] que la contratación temporal sea en sí misma sospechosa de fraude”. MONTOYA MELGAR. *La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*. RMTAS n° 58, 2005, p. 136.

<sup>46</sup> Conforme a la regulación civil decimonónica, la seguridad frente a la perpetuidad del vínculo contractual, se halla debidamente garantizada en el contrato a término, frente al potencial peligro que subyace en los vínculos sin duración indefinida. Circunstancia que desemboca en el reconocimiento a ambas partes de la posibilidad de desistir como expresión de libertad individual (*vid infra*).

En cambio, sin el parámetro *seguridad* no puede hablarse de *estabilidad en el empleo* – *estabilidad en el contrato*<sup>47</sup>. Término – *seguridad* – intrínsecamente unido al de *certeza* (“conocimiento seguro y claro de algo”). La dimensión “seguridad”, a su vez, tiene indistintamente dos acepciones. En primer lugar, se refiere al mantenimiento o respeto de lo inicialmente acordado. Y, en segundo lugar, también se refiere a la posibilidad de su alteración siempre que lo habilite la Ley. Pese a que pudiera pensarse que esta segunda acepción contradice el sentido de la primera, lo cierto es que se trata de un significado, a nuestro entender, consustancial a la “dimensión de seguridad” y a la estabilidad en el empleo que vertebra, y que se desprende de un modo lógico. Especialmente porque, en ocasiones, el mantenimiento a ultranza de lo inicialmente acordado en un contrato de tracto sucesivo como es el contrato de trabajo, lejos de garantizar la continuidad del negocio jurídico, puede desembocar en su ruptura sobrevenida. Por otra parte, la posible “incertidumbre” subyacente en el hecho de que una de las partes pueda alterar sobrevenidamente lo pactado, queda neutralizada en el instante que esta posibilidad sólo se activa en los casos que expresamente lo haya previsto la ley y conforme a las condiciones legalmente descritas. Siguiendo el planteamiento de SENNETT, es evidente que la capacidad del negocio jurídico de adaptarse a las circunstancias cambiantes sin dejar que éstas lo rompan posibilita su continuidad<sup>48</sup>, pero sobre todo, lo trascendente desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo es su canalización a través de la legalidad, pues, dota al sistema de seguridad. En términos similares de manifiesta un sector de la doctrina (PÉREZ PATÓN, bajo el título de “concepto y contenido de la estabilidad”) al afirmar que “una de las vehementes aspiraciones de los trabajadores consiste en suprimir o aminorar en cuanto sea posible la potestad del empleador para poner fin a la relación de trabajo, invocando cualquiera de las causales previstas en la ley para el despido del empleado (...). La continuidad de la relación de trabajo deviene así un elemento indispensable a la estabilidad en el empleo, y en realidad un tópico central de la mayor importancia desde el punto de vista de la protección jurídica del hombre que trabaja”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Extremo que se evidencia desde el instante de que, como afirman MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA “la duración indefinida del contrato contribuye escasamente a la estabilidad en el empleo en un contexto normativo de *desistimiento libre* de las partes; *en tal situación, puede proporcionar mayor seguridad el contrato por tiempo determinado, que al menos garantiza la duración acordada por las partes*”. Cit. SAGARDOY BENGOCHEA y GIL Y GIL. *De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un análisis crítico de la evolución del Derecho del Trabajo*. En “Reforma laboral y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente”. CGPJ. Madrid, 1996, p. 57 [la cursiva es nuestra]. Sin que, por otra parte, se comparta la tesis defendida por los citados autores del *desistimiento libre*, tal y como se expondrá a lo largo de este trabajo.

<sup>48</sup> SENNETT. *La corrosión del carácter*. Anagrama. Barcelona, 2000, p. 47.

<sup>49</sup> PÉREZ PATÓN. *La estabilidad en el empleo y sus garantías*. En “Estudios en memoria del profesor Don Eugenio Pérez Botija”. Vol. 1. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1970, p. 463 y 464. En términos similares, parece manifestarse SUÁREZ GONZÁLEZ cuando (bajo el título de la ‘Estabilidad en el empleo’) afirma que “el hecho, reiteradamente señalado por la doctrina jurídico-laboral de todos los países, de que el contrato de trabajo suponga la implicación de la persona misma del trabajador en la actividad que desarrolla para otros, haciendo depender su vida y la de su familia de una retribución que es, normalmente, su único medio de sustento, confiere excepcional importancia al tema de la terminación de ese contrato. Si las dos grandes aspiraciones del hombre de nuestro tiempo son, como parece, la libertad y la seguridad, no es posible que la voluntad de la parte tradicionalmente

Dicho de otro modo, siguiendo a PALOMEQUE LÓPEZ, no puede afirmarse que la “continuidad” sea una nota o elemento conceptual básico o esencial para definir el contrato de trabajo, erigiéndose en “un elemento natural que le acompaña generalmente como derivado de su índole peculiar, sobreentendido o presumido por la ley”, pero susceptible de exclusión al poder pactar una duración determinada<sup>50</sup>. Y, esta posibilidad no puede restringirse hasta el punto de anularla, pues, difícilmente sería admisible en una lógica contractual como la existente en nuestro ordenamiento jurídico y en un modelo de relaciones laborales como el que defiende nuestro texto constitucional.

Por otra parte, de lo apuntado se desprende una cuestión importante, pues, si se acepta esta concepción de la “dimensión de seguridad”, se desprende su vinculación con una *dimensión temporal*, pues, posibilita la continuidad del negocio jurídico en el tiempo. Por consiguiente, debe afirmarse que la “dimensión de seguridad” proyecta sus efectos sobre la vida del contrato posibilitando su prolongación temporal, pero en los “términos” inicialmente previstos. Esto es, dentro de - o conforme a - los *límites temporales* que las partes han decidido vincularse<sup>51</sup>.

La identificación de la estabilidad en el empleo con la dimensión de la *seguridad*, no hace más que dar luz sobre la otra cara de la moneda ya apuntada, esto es, el *riesgo*. En efecto, no puede concebirse la *seguridad* en el empleo sin evaluar el *riesgo* que conlleva y, simultáneamente, su evaluación sólo puede calibrarse en función del nivel de seguridad al que una sociedad aspira. Por ello, riesgo y seguridad, o viceversa, son los elementos que han inspirado la regulación jurídica de este fenómeno<sup>52</sup>.

De hecho, el Tribunal Constitucional al describir el contenido del Derecho al Trabajo, *ex art. 35 CE*, omite cualquier referencia a la limitación de la temporalidad. Concretamente, previa disección del *derecho al trabajo* en una dimensión colectiva y otra individual, dispone que la individual “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa” (STC n° 22, 2 de julio

---

considerada como más fuerte del contrato pueda decidir por sí sola la terminación del mismo, dejando a la otra – el trabajador – sin ese medio de sustento a que acabamos de aludir. Si el empresario del que dependemos económicamente pudiera, sin más, prescindir de nuestro trabajo, abandonándonos en la miseria, tendría en sus manos nuestra libertad y nuestra seguridad. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La estabilidad en el empleo*. RPS n° 70, 1966, p. 245.

<sup>50</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 65 y 66.

<sup>51</sup> Compartiendo implícitamente este planteamiento, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 245 y 246.

<sup>52</sup> Como afirma PÉREZ PATÓN, al analizar el concepto y contenido de la estabilidad, en una extensa cita, una de las vehementes aspiraciones de los trabajadores consiste en suprimir o aminorar en cuanto sea posible la potestad del empleador para poner fin a la relación de trabajo, invocando cualquiera de las causales previstas en la ley para el despido del empleado (como aquella del ‘incumplimiento total o parcial del contrato de trabajo’ en la legislación boliviana, que es una disposición tan elástica que cabe dentro de ella cualquier motivo unilateral para deshacerse del trabajador de forma arbitraria). Con lo que se le priva del único ingreso seguro para cubrir las necesidades propias y familiares, aunque la medida vaya acompañada de ciertas compensaciones pecuniarias”. PÉREZ PATÓN. *La estabilidad en el empleo y sus garantías*, *op. cit.*, p. 464.

1981<sup>53</sup>). Posteriormente, en la STC nº 20, 27 de enero 1994<sup>54</sup>, analiza desde una dimensión práctica el contenido del mencionado derecho y establece que “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”<sup>55</sup>.

En definitiva, por tanto, todo parece indicar que la acepción técnico-jurídica de la estabilidad en el empleo no integra la dimensión temporal. Lo que no debe interpretarse, en modo alguno, como que desde estas líneas se esté obviando la problemática que se deriva del uso desviado de esta modalidad de contratación, sino que se aspira a poner de manifiesto que este problema no está consustancialmente vinculado a la estabilidad en el empleo – al menos, desde un estricto punto de vista técnico-jurídico.

- Sin embargo, la doctrina laboral identifica el concepto “estabilidad en el empleo” con el contrato indefinido<sup>56</sup>. Y, la aceptación de esta asociación conceptual está muy generalizada. Así, se afirma que “este principio [el de estabilidad en el empleo] o, lo que es lo mismo, la presunción de indefinición temporal del contrato de trabajo, para algunos uno de los principales logros de la clase trabajadora en España, estaba recogido ya en la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, que sólo distinguía como excepciones a él el contrato eventual por falta de personal permanente o por trabajos accesorios, perentorios o no previstos, y el contrato para la realización de obra o servicios determinados”<sup>57</sup>. Incluso, se califica a la temporalidad, esto es, a la posibilidad de celebrar contratos a término, como una agresión a la exégesis de la estabilidad en el empleo. En este sentido, recientemente, TAPIA HERMIDA afirma que la contratación temporal constituye, “de por sí, una negación del principio de estabilidad en el empleo”<sup>58</sup>. CAVAS MARTÍNEZ, por su parte, afirma que “el problema de la temporalidad es un problema ya viejo, de cuya aparición y desarrollo cabe hacer responsable en gran medida a una determinada opción de política legislativa que, al cabo, se demostró absolutamente desacertada, pero que

---

<sup>53</sup> RTC 22.

<sup>54</sup> RTC 20.

<sup>55</sup> **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>56</sup> En este sentido, entre otros, **DURÁN LÓPEZ**. *El período de prueba. Voz para una Enciclopedia*. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 658/2001); y **MARÍN CORREA**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. AL 1991 – II, versión digital (La Ley 5235/2002).

<sup>57</sup> **TORRES ANDRÉS**. *Pasado, presente y futuro del Derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial*. En “Derecho Laboral del Siglo XXI”. Estudios de Derecho Judicial nº 118. CGPJ. Madrid, 2007, p. 156.

<sup>58</sup> **TAPIA HERMIDA**. *Abuso en la contratación temporal. la ‘sucesión’ de contratos de trabajo de duración determinada*. RTSS – CEF nº 287, 2007, p. 163.



durante catorce años fue minando de forma constante el principio de estabilidad en el empleo hasta hacerle entrar en una situación crítica”<sup>59</sup>. De hecho, se sostiene que la estabilidad “en sentido estricto”, debe asociarse con la regla de “ordenación de la duración de los contratos de trabajo, por virtud de la cual éstos deben subsistir en el tiempo lo más posible”<sup>60</sup>. Es más, se afirma que “de nada sirve limitar el despido si se admite sin reservas la contratación temporal que, por definición, supone el terreno donde los límites a las facultades de extinción unilateral apenas tienen incidencia, siendo la llegada del término el mecanismo ordinario de terminación contractual”; “y a la inversa, qué sentido tendría la restricción de la contratación temporal si a la relación laboral indefinida se le pudiera poner fin sin más aditivos que la mera voluntad empresarial”<sup>61</sup>.

Incluso, la imposición de límites a la temporalidad se plantea como consustancial a la estabilidad en el empleo. En concreto, en frontal oposición a lo que se defiende en estas líneas, se afirma: “el principio de estabilidad no [puede] ser únicamente contemplado desde los límites al despido sino también desde los límites a la temporalidad, límites estos últimos que vienen así a constituirse en el otro pilar fundamental en el que reposa la idea de estabilidad; noción incomprensible si no abriga en su seno estos dos pilares básicos: la limitación de la autonomía de la voluntad a la hora de decidir la duración de los contratos y los límites a las facultades extintivas empresariales”<sup>62</sup>. O, en otros términos, sin tales restricciones, no es posible sostener la existencia del mencionado principio, de tal modo que la *eventualización del empleo* es el principio antitético de la estabilidad<sup>63</sup>.

En definitiva, de lo expuesto se desprende la idea de que, para un numeroso sector de la doctrina, la relación entre la estabilidad en el empleo y la temporalidad se presenta como una dicotomía, como dos conceptos excluyentes e irreconciliables.

Y, el Legislador, por su parte, también se ha dejado llevar por esta corriente doctrinal, y asume como plenamente válida la idea que asocia el carácter incompatible de la contratación temporal con la estabilidad en el empleo. La Ley 43/2006 es la última muestra de esta

---

<sup>59</sup> **CAVAS MARTÍNEZ**. *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*. RMTAS n° 58, 2005, p. 114. *Vid.* también, en términos similares, **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*, *op. cit.*, p. 136 y ss.; y *La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores*. RT n° 76, 1984, p. 76; **SEMPERE NAVARRO**. *La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales*. RMTAS n° 58, 2005, p. 158 y 159; **LÓPEZ CUMBRE**. *El principio de estabilidad en el empleo*. En “Los principios del Derecho del Trabajo” (Dir. de la Villa Gil y López Cumbre). CEF. Madrid, 2003, p. 287 y ss.; y **RUIZ CASTILLO**. *La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial*. RPS n° 138, 1983, p. 25.

<sup>60</sup> **MIÑAMBRES PUIG**. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>61</sup> **PÉREZ REY**. *Estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 34. En términos similares, **ROLDÁN MARTÍNEZ**. *La contratación “estructural” de duración determinada: su justificación*. RL 2002 - I, p. 410.

<sup>62</sup> **PÉREZ REY**. *Estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 34. *Vid.* también, **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La contratación coyuntural en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo*. AL 1990 - I, p. 15 y 16; **PIQUERAS PIQUERAS**. *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*. *Ibidem* Ediciones. Madrid, 1995, p. 11 a 13.; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social. Madrid, 1983, p. 19 a 21.

<sup>63</sup> **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La contratación coyuntural en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 23.

concepción. Asociación, por su parte, también muy común en el seno de la jurisprudencia y la doctrina judicial.

Sin embargo, este planteamiento, a nuestro entender, no puede compartirse. Es decir, ciñéndonos a la estricta conceptualización técnico-jurídica de lo que se entiende como *principio conservativo*, no puede aceptarse que la celebración de un contrato sometido a término neutralice, *per se*, sus planteamientos esenciales, ni mucho menos. Y son varios los argumentos para consolidar esta afirmación, como expondremos a continuación.

Como premisa de partida, debe reiterarse la idea de que la *estabilidad en el empleo* es una derivación del *principio de conservación del negocio* aplicable al Derecho del Trabajo. Dicho esto, debe tratarse de establecer una distinción fundamental. Una cosa es el *mantenimiento del vínculo*, como conjunto de mecanismos dirigidos a posibilitar el mantenimiento de la vigencia y eficacia del negocio jurídico (y que a lo largo de este trabajo se ha identificado con el término *estabilidad en el empleo*); y otra, es la *estabilidad en la actividad* (anteriormente anunciada), entendida como la continuidad del trabajador en su estatuto profesional más allá de los límites que marca la duración (temporal o indefinida) de un contrato de trabajo y, por tanto, de una concreta organización productiva. Dimensión ésta última que, lógicamente, incluye a la primera, pero no la agota, pues es dependiente de otros muchos factores.

Partiendo de esta distinción, entendemos que la política legislativa dirigida a limitar la temporalidad es uno de los diversos aspectos que tratan de fortalecer la *estabilidad en la actividad* pero que no interfieren *conceptualmente* en el *mantenimiento del vínculo* (o *estabilidad en el empleo*)<sup>64</sup>. La distinción entre *permanencia* y *estabilidad*, que propone BARASSI, puede contribuir a dar luz sobre la idea que se defiende. Mientras que la *permanencia* es una situación de hecho, en mérito a las condiciones personales del empleado, la *estabilidad* es la regulación jurídica de que es objeto esa situación en garantía de la conservación del empleo<sup>65</sup>. Mientras que la *permanencia* puede referirse a una sucesión de contratos con el mismo o distintos empleadores, la *estabilidad* sólo se refiere a una relación jurídica puntual<sup>66</sup>.

La estabilidad en el empleo hace referencia, sin duda, a la protección de los trabajadores *ya empleados*. A la estabilidad *en el contrato*, a la conservación del negocio jurídico. Está claro que con la integración de la dimensión relativa a la duración del contrato en su exégesis, se pretende extender la protección que dispensa el Derecho del Trabajo. Sin negar la “bondad” de esta

---

<sup>64</sup> Distinción que subyace en el planteamiento de SAGARDOY BENGOCHEA cuando, analizando las repercusiones de las crisis de los años 70 y las medidas dirigidas a mitigar sus efectos, apunta que “se trata de poner en práctica una política legislativa que no pretenda como fin último, el carácter indefinido de la relación laboral, sino más bien la búsqueda de mecanismos que realicen una estabilidad profesional por encima de la estabilidad en el puesto de trabajo e incluso en la empresa. SAGARDOY BENGOCHEA. *Medidas legales en favor del empleo*. PEE n° 1, 1980, p. 157.

<sup>65</sup> BARASSI. *Il Diritto del Lavoro*. Milano, 1949. T. II, p. 169. *Cit.* PÉREZ PATÓN. *La estabilidad en el empleo y sus garantías*, *op. cit.*, p. 465.

<sup>66</sup> O, como propone GARCÍA MURCIA, en una breve reflexión, la estabilidad en el empleo en sentido estricto, se refiere a la estabilidad *en el contrato*. GARCÍA MURCIA. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*. RMTAS n° 58, 2005, p. 79.

interpretación, no puede dejar de afirmarse que su generalización (y consolidación doctrinal en la comunidad laboral) ha acabado por distorsionar los conceptos, relajando inadecuadamente los límites de lo que debe entenderse por “estabilidad en el empleo”, extendiéndose, en definitiva, a instituciones ajenas al mismo. A pesar de que es indudable que la ausencia de un empleo duradero repercute intensa y negativamente en la posibilidad de garantizar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia, la celebración de un contrato de duración determinada no debe entenderse como una violación *automática* de la *estabilidad en el empleo – conservación del negocio*, al menos, si se aborda esta cuestión desde una estricta perspectiva técnico-jurídica.

Anticipándonos a posibles críticas (o, al menos, tratando de hacerlo), a continuación se procede a rebatir algunas objeciones que subyacen en los planteamientos doctrinales que defienden la inclusión de la dimensión “temporalidad” en la concepción intrínseca de la estabilidad en el empleo.

i.- Antes de proceder a la exposición de estos argumentos propiamente dichos, es importante defender la necesidad de realizar un estudio riguroso de los contornos técnico-jurídicos que describen las diversas manifestaciones que abogan por favorecer la continuidad del vínculo negocial. Es decir, parafraseando a SUÁREZ GONZÁLEZ, para llegar a una conclusión científicamente válida es estrictamente necesario determinar lo que es la estabilidad en el empleo, reducirla a sus límites – esto es, definirla<sup>67</sup>. Tarea especialmente relevante en una materia como esta, en la que existe una indiscutible oscuridad doctrinal, legal y jurisprudencial.

Aunque, las conclusiones científicas que se decanten de este planteamiento puedan ser motivo de crítica. En efecto, es posible que, desde esta perspectiva, se nos achaque que el análisis que se obtiene se aleja de la realidad social y de los conflictos que de ella se derivan. Esto es, que se ha escogido un acercamiento al fenómeno excesivamente formalista (o poco realista).

En este sentido, permítannos que recojamos lo que, en una extensa cita, expone SUÁREZ GONZÁLEZ - que cita, a su vez, a FERNÁNDEZ MIRANDA: “toda ciencia ha de ser, antes que nada, el esfuerzo por conquistar un lenguaje unívoco. Esta exigencia no es arbitraria; no es una petición de principio el hacer esencial al lenguaje científico la univocidad. Es, por el contrario, una exigencia de la naturaleza de ese conocimiento. El concepto es la representación intelectual de un objeto o realidad concreta, acotada y discriminada de todas las demás realidades que no son ella misma. Cada uno de los objetos reales es idéntico a sí mismo, no puede ser él y, al mismo tiempo, otro que él, como enseñan los incommovibles principios de identidad y contradicción, fundamentos esenciales de todo conocimiento. Luego, si la realidad es única, cada objeto es sí mismo, el único en cuanto objeto. Ahora bien, la ciencia quiere

---

<sup>67</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*. RDP, febrero 1961, p. 118

conocer cada objeto como es en sí mismo, sin falsearlo, sin mezclarlo o confundirlo con otros objetos; en consecuencia, el concepto que traduce cada realidad concreta debe mentar a ésta y sólo a ésta, es decir, debe ser unívoco. En cuanto no lo es, abarca en sí, mezclándolos y confundiéndolos, objetos distintos, dejando de ser preciso, riguroso, científico. El lenguaje científico, pues, para ser tal, para ser preciso, riguroso, claro y distinto, ha de ser un lenguaje formado por conceptos unívocos. De lo contrario toda precisión y rigor se hacen imposibles. Cada realidad ha de tener su concepto riguroso, ceñido a ella para ser su fiel expresión intelectual; cada concepto debe tener su término unívoco, precisado, riguroso. El camino que lleva a la verdad sólo se puede andar con las ceñidas botas de la precisión; quien no lo ande así caerá continuamente en la confusión y el equívoco”<sup>68</sup>.

Dicho esto, podría objetarse que sosteniendo la compatibilidad de la idea de la estabilidad en el empleo con la posibilidad de celebrar contratos temporales no se resuelve uno de los problemas más graves que tiene el mercado de trabajo español. Frente a esta aseveración, cabría afirmar lo siguiente:

En primer lugar, frente a un régimen jurídico “empeñado” en reducir el número de contratos temporales y una realidad social y unos datos estadísticos que constantemente rebaten este propósito, cabría plantearse si la dogmática jurídica es el instrumento analítico más adecuado para propiciar el cambio de tendencia tan esperado. Esto es, que la limitación de la contratación temporal o, el estudio de la causalidad de la temporalidad, se erija en el principal (o único) *fundamento* de la labor legislativa y la vanguardia, en definitiva, en la lucha contra este fenómeno. En segundo lugar, quizás, la cuestión no reside en averiguar cómo puede articularse la estabilidad en el empleo para solventar el problema de la excesiva temporalidad, sino, si verdaderamente existe una efectiva relación de causa-efecto entre ambas. Esto es, si la temporalidad tiene intrínseca y consustancialmente “algo que ver” con la estabilidad en el empleo. O, al menos, desde un enfoque más pragmático, si efectivamente se trata de un problema que verdaderamente puede solventarse a partir de la estructura conceptual que se decanta de la conservación del negocio jurídico. Quizás (también), llegados a este estadio y con la perspectiva que nos ofrece el paso del tiempo, debería empezarse a afirmar que (probablemente) uno de los factores que han contribuido al fracaso de las medidas legislativas dirigidas a reducir tales índices, radica en un inadecuado punto de partida conceptual. Consecuencia, por otra parte, lógica si atendemos a lo apuntado en el extenso párrafo citado de FERNÁNDEZ MIRANDA. En definitiva, la idoneidad de la rigurosidad conceptual es especialmente relevante, pues, sólo desde el conocimiento exhaustivo de la realidad jurídica, puede procederse al análisis del impacto de las normas sobre el comportamiento de los individuos. Y este impacto sólo puede evaluarse, o mejor dicho, es más adecuado evaluarlo,

---

<sup>68</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*, op. cit., p. 117 y 118.

desde la perspectiva que ofrecen otras ciencias sociales, analíticamente más preparadas para este tipo de tareas.

Y, finalmente (directamente vinculado con esto último), este estudio, precisamente, lejos de apartarse de la realidad social, se propone una aproximación a la estabilidad en el empleo desde la perspectiva del análisis económico, con el firme propósito de identificar la adecuación entre la realidad social y el Derecho. Para, precisamente, a partir de la información obtenida desde la perspectiva del aparato analítico de la economía, ofrecer alternativas al escenario jurídico existente que respondan de un modo más adecuado a las necesidades sociales. Quizás (a modo de sugerencia), sería bueno que para luchar contra el fenómeno de la temporalidad se adoptara una estrategia similar.

ii.- La identificación de la estabilidad en el empleo con la idea del favorecimiento del vínculo negocial no *puede* interpretarse como una frontal contradicción a la idea de que “la prestación laboral resulta ser una prestación ligada al tiempo”. Afirmación que debe matizarse debidamente. La vinculación del contrato de trabajo al tiempo, debe entenderse como que “la duración del contrato afecta a su misma causa, como se ha dicho, ‘en el doble sentido de que éste no cumple la función económica a la que está predeterminado si su ejecución no se prolonga en el tiempo, y de que la utilidad que del contrato se deriva para las partes es proporcional a la duración del mismo’”<sup>69</sup>. Los contratos duraderos - siguiendo a KLEIN, que cita a OPPO - a diferencia de los de ejecución instantánea o prolongada, se caracterizan porque el tiempo pactado se corresponde “al interés en la satisfacción continua de una necesidad duradera”, hasta el punto que, por norma general, “la utilidad de la relación contractual para las partes es directamente proporcional a su duración”. Y éste es el objeto de la obligación principal: “la realización de un comportamiento continuo o repetido durante el tiempo necesario para satisfacer dicho interés, actividad que durante todo ese período tiene carácter solutorio, de cumplimiento o ejecución continuada o periódica, y por tanto, tiene relevancia jurídica propia”. Es decir, el carácter duradero del contrato de trabajo significa que el “hacer que incumbe el trabajador supone por esencia un tiempo para su ejecución”, pero también, que “tal hacer interesa contractualmente desde la perspectiva de la propia actividad, y no de sus resultados”<sup>70</sup>.

De hecho, en los contratos duraderos, en la medida que “la duración va referida a la propia ejecución contractual, y no designa un intervalo entre la perfección del contrato y la ejecución”, el carácter duradero no tiene por qué ser equivalente a un período largo. Por ello, lo relevante es que la duración, como elemento causal del contrato, significa que las partes

---

<sup>69</sup> **MONTOYA MELGAR**. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo. Sevilla, 1967, p. 33 y 34. En términos similares, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La relación de trabajo de duración determinada*. RPS, n° 50, p. 27 y 28.

<sup>70</sup> **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 17 y 18.

comparten el propósito de satisfacer esa necesidad duradera (predeterminada por la utilidad originaria) y de asegurar la continuidad o periodicidad de la prestación durante la vida *contractual*<sup>71</sup>. Es decir, la estabilidad en el empleo (conservación del negocio jurídico) está condicionada inevitablemente a la utilidad que las partes esperan del acuerdo, manifestada en la duración del contrato<sup>72</sup>.

Planteamiento que queda reforzado si se tiene en cuenta – como se analizará<sup>73</sup> – cuál ha sido el origen histórico de este principio en el Derecho del Trabajo español. Por el momento, baste apuntar que la extensión del principio de resolución causal en el ordenamiento jurídico español, especialmente a partir de 1931, responde, en esencia, a la voluntad de erradicar la *arbitrariedad* empresarial en los desistimientos de los contratos de duración indefinida regulados conforme a la lógica civil. Por consiguiente, originariamente, el fin del principio de resolución causal (que tiene su origen, no se olvide, en los contratos de duración determinada según la lógica liberal) no es garantizar la *estabilidad en la actividad*, entendida como prolongación de la actividad laboral con el fin de garantizar la subsistencia del trabajador y de su familia a lo largo de toda su vida; sino, dar seguridad y certeza al mercado de trabajo, esto es, única y exclusivamente a garantizar la conservación del negocio. O, de otro modo, a preservar lo acordado en virtud de la autonomía de la voluntad. Lo que, paralelamente, pero de forma *subsidiaria*, posibilita una cierta continuidad en el tiempo (concretamente, la pactada según la utilidad esperada por las partes). Consecuencia que, si se nos permite, debe calificarse como “colateral”, y no como intrínseca a la propia delimitación de lo que debe entenderse como “estabilidad en el empleo”.

Lo verdaderamente importante está en averiguar si esta lógica se ha exportado hasta nuestros días. Y, en la medida que *parece* que en este sentido (como se tratará de demostrar) apenas se han introducido modificaciones y que el modelo actual de relaciones laborales reproduce el armazón de la estabilidad creado en las primeras décadas del Siglo XX, no hay motivos para concluir que la idea que subyace en la lógica liberal de principio de resolución causal haya mutado en exceso.

iii.- Del repaso de la evolución histórica del régimen jurídico de la contratación temporal se extrae que la limitación de la capacidad de las partes para celebrar contratos de duración determinada, a pesar de tener un reconocimiento legislativo – relativamente - *lejano* (1976), tiene una aplicación efectiva desde hace relativamente poco tiempo. Concretamente, desde 1997. Una exposición de la evolución legislativa al respecto así lo corrobora.

---

<sup>71</sup> KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*. Civitas. Madrid, 1997, p. 69.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 18: “al celebrarse un contrato de trabajo y afrontarse la duración que deba alcanzar el mismo, pueden las partes limitar ésta, prefijando su término, o no establecer limitación temporal alguna”.

<sup>73</sup> *Vid. Capítulo III de esta Primera Parte.*

En efecto, en 1997 es cuando se impide definitivamente la posibilidad de celebrar contratos temporales que no estén basados en una causa de temporalidad y se pone fin a la celebración de contratos temporales para el lanzamiento de nueva actividad. Aunque el art. 14 Ley 16/1976, 8 de abril, de Relaciones Laborales (en adelante, LRL'76), manifiesta por primera vez una fuerte desconfianza por los contratos temporales, lo cierto es que, con el tiempo, se habilitan múltiples vías legales que paralelamente excepcionan este régimen. Lo que, a la postre, acaba impidiendo que se pueda implantar una restricción efectiva a la posibilidad de celebrar contratos temporales. En concreto, el art. 14 LRL'76 decreta que “el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, sin más excepciones que las indicadas en el artículo siguiente”. Y el art. 15 LRL'76, por su parte, posibilita los contratos temporales *sólo* en cinco supuestos (descritos con una *textura abierta*): ejecución de obra o servicio determinados, trabajos eventuales, sustitución de trabajadores fijos, actividades artísticas o deportivas y trabajos especiales autorizados por disposición legal.

El cambio producido en 1976 es sustancial con respecto a la normativa precedente, dado que la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 (en adelante, LCT'44), siguiendo un planteamiento muy similar al previsto en la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 (en adelante, LCT'31) y ésta a la legislación civil, posibilitan la celebración de contratos a término sin restricción alguna. En efecto, con la reforma de 1931 no se modifica un ápice la configuración jurídica de los contratos de duración determinada prevista en el Código Civil. De hecho, como se analizará<sup>74</sup>, la generalización del régimen jurídico de los contratos sometidos a término se lleva a cabo en tanto que, el modelo liberal de estabilidad contractual previsto para estos contratos ofrece mayores garantías para los intereses de los trabajadores<sup>75</sup>. A pesar de todo ello, la jurisprudencia era consciente de que las facilidades para la celebración de contratos de duración determinada podía derivar en la celebración sucesiva de contratos con fines fraudulentos. Así, en la medida que el art. 18 LCT'31<sup>76</sup> “establece una presunción que cede ante la realidad en contrario”, “no puede estimarse convenido por un día sino por tiempo indefinido, el contrato, si se ha establecido un vínculo de trabajo continuo cuya extinción no es justo que se consuma sin justa causa”<sup>77</sup>. Pronunciamiento que contiene el embrión de la regla objetiva que disciplina, en la actualidad, la regulación de los contratos temporales y que, en términos generales, proclama que las labores permanentes de la empresa requieren la

---

<sup>74</sup> Vid. Epígrafe II del Apartado B del Capítulo II (Primera Parte).

<sup>75</sup> Cfr. DURÁN LÓPEZ. *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*. Instituto de Estudios Sociales. Madrid, 1980, p. 11.

<sup>76</sup> “El contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra. Deberán constar por escrito los contratos individuales en que se estipule un salario superior a tres mil pesetas anuales; y, los colectivos, en todo caso. Los contratos de trabajo por escrito estarán exentos de todas clases de impuestos, incluso los de timbre, si el salario estipulado no excede de mil pesetas”.

<sup>77</sup> RRMT 1 y 5 de febrero 1932, cit. SANTAMARÍA ANSA. *El despido del obrero y del empleado*. Ed. Emilio García Enciso. Pamplona, 1936, p. 26.

contratación indefinida. Construcción, por otra parte, de la que en aquél momento no se desprende la necesidad de la limitar la autonomía de la voluntad de las partes para celebrar contratos temporales. En aras a controlar este fenómeno, a la jurisprudencia de la etapa republicana le basta con acudir a la vía del fraude de ley, del principio de realidad y de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores a la extinción justificada del contrato. Es decir, no se percibe que la posibilidad de celebrar contratos sujetos a término, sin reservas, pueda erigirse en un elemento que diluya la protección de la estabilidad del trabajador en la empresa.

Años más tarde, el art. 27 LCT<sup>74</sup> se limita a afirmar que el contrato de trabajo “podrá celebrarse por tiempo cierto, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado”. Regulación que debe completarse debidamente con la generalización de la contratación por duración determinada. Pues, como se sabe, se prevé que “a falta de pacto expreso, se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por normas legales o reglamentaciones del trabajo, en la clase del mismo a que aquél se refiera, y, en defecto de tales normas, por los usos y costumbres locales”. Durante la vigencia de la LCT<sup>74</sup>, la doctrina denunció la generalización de los contratos en cadena así como los pactos que originariamente establecían prórrogas limitadas y sucesivas indefinidamente con el fin de facilitar, fraudulentamente, la extinción del contrato (aunque no conviene olvidar que las Reglamentaciones de Trabajo trataron de corregir estas prácticas empresariales)<sup>78</sup>. No obstante, a pesar de que la jurisprudencia fue sensible a este problema, existían dificultades para luchar efectivamente contra estas prácticas, puesto que, en la medida que la celebración de contratos sometidos a término y la pactación de prórrogas eran lícitas, recaía sobre el trabajador la carga de la prueba de la “intención fraudulenta elusiva del empresario”. En este sentido, la STS 4 de junio 1956<sup>79</sup>, había manifestado que “la libertad contractual sin limitación alguna, es contraria a la estabilidad y continuidad en el trabajo que recoge la legislación social”<sup>80</sup>. Por este motivo, se plantean dos posibles soluciones: o bien se invierte la presunción; o bien, según indica HUECK, se acoge un criterio objetivo, que exija “que la pactación de la duración determinada [responda] a un interés efectivamente limitado”<sup>81</sup>. Criterio, este último, que finalmente se generalizará, exigiendo la correspondencia material (u objetiva) entre la duración del contrato y la del trabajo a que aquél va referido, de tal modo que “sólo aquellas labores que desde un principio carecen de permanencia, por ser limitadas en el

---

<sup>78</sup> En este sentido, **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España*, op. cit., p. 48 y 49.

<sup>79</sup> Ar. 2179

<sup>80</sup> *Vid.* al respecto, **MIÑAMBRES PUIG**. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 75 y 76; y **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España*, op. cit., p. 51.

<sup>81</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La relación de trabajo de duración determinada*, op. cit., p. 54 a 56. *Vid.* también, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1967, p. 18; y **OJEDA AVILÉS**. *El final de un “principio” (la estabilidad en el empleo)*, op. cit., p. 467 y 468; y **OJEDA AVILÉS**. *Los trabajadores temporales*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1973, p. 113 y ss.; **SALA FRANCO**. *El contrato de trabajo a término y el ordenamiento laboral español*. RPS n° 99, 1973, p. 31; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, op. cit., p. 48 a 55; y **ROLDÁN MARTÍNEZ**. *La contratación “estructural” de duración determinada: su justificación*, op. cit., p. 423.



tiempo, justifican la inclusión de un término en el contrato de trabajo destinado a hacer coincidir la duración de la relación con la del trabajo que constituye su razón de ser<sup>82</sup>.

De todos modos, volviendo a la LRL'76, su regulación, esto es, la limitación de los supuestos de contratación temporal tuvo una vida efímera, pues, el Decreto-Ley 18/1976, 8 de octubre, sobre medidas económicas, *fulminó* las reticencias legales a los contratos temporales, posibilitando que las empresas realizaran contratos sin limitación causal alguna. En concreto, se permite que contraten “hasta el 31-3-1977, a personas en situación de desempleo o que accedan a su primer empleo, con carácter eventual, por plazo no superior a seis meses, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo a que hayan de adscribirse”.

En la medida que el art. 15 LRL'76 posibilitaba que una norma legal articulara modalidades contractuales temporales más allá de las enunciadas (“trabajos especiales autorizados por disposición legal”), se sucedieron una multitud de normas que trataron de absorber el creciente número de desempleados, desvinculándose del criterio objetivo fijado en el art. 15 LRL'76, y sujetando la contratación temporal a criterios meramente subjetivos y desvinculados de la naturaleza de la tarea objeto del contrato y de las necesidades temporales o permanentes de la actividad productiva de la empresa que aquél pretendiera cubrir<sup>83</sup>. Así, previa habilitación por las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª del Decreto-Ley 43/1977, 25 de noviembre<sup>84</sup>, los Decretos 3280/1977, 9 de diciembre, y 3281/1977, 16 de diciembre<sup>85</sup>, regulan respectivamente la contratación temporal de trabajadores perceptores del subsidio por desempleo<sup>86</sup> y de jóvenes<sup>87</sup>. Posteriormente, el fomento del empleo juvenil fue objeto de una nueva reforma a través del Decreto 883/1978, 2 de mayo<sup>88</sup>, extendiendo el ámbito geográfico de aplicación del plan (el anterior iba referido genéricamente a “las localidades y comarcas donde exista mayor tasa de desempleo juvenil”) y agilizando alguno de los trámites (a diferencia del Decreto originario, se posibilita la contratación sin necesidad de que exista un concierto entre el empleador y la Administración). El Decreto-Ley 49/1978, 26 de diciembre<sup>89</sup>, extendió ambos planes de fomento del empleo a los años 1978 y 1979. En virtud de dicha habilitación, el plan de fomento del empleo juvenil siguió vigente, aunque el Decreto 41/1979, 5 de enero<sup>90</sup>, introdujo algunos cambios. Concretamente, se estableció la posibilidad de que el contrato se

---

<sup>82</sup> PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo, op. cit.*, p. 35.

<sup>83</sup> No obstante, para un sector de la doctrina, cabe entender que el contrato temporal de fomento del empleo sí tiene una causa de temporalidad (la creación neta de empleo). ALARCÓN CARACUEL. *Duración del contrato, jornada y salario*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 167 y 168.

<sup>84</sup> BOE 26 de noviembre.

<sup>85</sup> BOE, ambos, de 26 diciembre.

<sup>86</sup> Contrato de 60 días a 2 años.

<sup>87</sup> Contrato de 6 meses a 2 años para jóvenes entre 15 y 21, o bien hasta los 23 o 25 según que la titulación sea de formación profesional o universitaria.

<sup>88</sup> BOE 3 de mayo.

<sup>89</sup> BOE 27 de diciembre.

<sup>90</sup> BOE 12 de enero.

podiera celebrar con jóvenes comprendidos entre los 16 y los 26 años, sin mayores precisiones. El plan de contratación de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, también fue modificado por el Decreto 42/1979, 5 de enero<sup>91</sup>, ampliando la duración mínima (de 60 días pasa a 4 meses) y posibilitando una duración superior a los dos años siempre que se trate de finalizar una obra de duración superior.

La entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores no alterará en exceso este escenario. Pese a que el art. 15 ET'80 enumera genéricamente los supuestos que habilitan la contratación temporal (obra o servicio determinado; circunstancias del mercado o exceso de pedidos; sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto; y trabajos fijos y periódicos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo), se continúa posibilitando la contratación temporal desvinculada de una causa de temporalidad, configurándose como una de las principales medidas de fomento del empleo. En concreto, el art. 17.3 ET'80 habilita al Gobierno para utilizar la contratación temporal como medida de fomento del empleo, siempre que el término no sea superior a 3 años. En definitiva, si se nos permite, con esta habilitación “se acaba dejando entrar por la ventana lo que no se quería que entrara por la puerta”. El problema es que, pese a plantearse como una medida de carácter coyuntural, se consolidará como un instrumento de política de empleo estructural, pues, como se sabe, se prolongará hasta 1997.

El desarrollo de la habilitación prevista en el art. 17.3 ET'80 se realiza a través del Decreto 1363/1981, 3 de julio<sup>92</sup>, enumerando los colectivos de trabajadores que - hasta el 31 diciembre de 1982 - pueden ser contratados con esta modalidad contractual (la duración debe oscilar entre los 3 meses y los 3 años). Asimismo, se establecen una serie de limitaciones en función de las dimensiones de la plantilla del centro de trabajo. Posteriormente, el Decreto 1445/1982, 25 de junio<sup>93</sup>, sin derogar expresamente el Decreto anterior, y manteniendo la vigencia (esto es, hasta 31 diciembre de 1982) establece las condiciones que deben cumplirse para la celebración de contratos temporales de fomento del empleo, sin modificar la duración mínima y máxima ni las limitaciones en función de la dimensión de la plantilla (en cambio, no se hace mención alguna al colectivo de trabajadores susceptibles de ser contratados a través de esta modalidad). Decreto modificado, al poco tiempo, por el Decreto 3887/1982, 29 diciembre<sup>94</sup>, que amplía el plazo hasta el 31 de diciembre de 1983, pero reduce la duración máxima, quedando en 2 años. Régimen que quedará prorrogado por el Decreto 3236/1983, 21 de diciembre<sup>95</sup>, hasta la entrada en vigor de la Ley 32/1984, 2 de agosto<sup>96</sup>. Esta importante

---

<sup>91</sup> BOE 12 de enero.

<sup>92</sup> BOE 11 de julio.

<sup>93</sup> BOE 1 de julio.

<sup>94</sup> BOE 31 de diciembre.

<sup>95</sup> BOE 31 de diciembre.

norma mantiene la facultad del Gobierno de fomentar el empleo mediante la contratación temporal, siempre que el contrato no exceda de 3 años (art. 17.3 ET'80)<sup>97</sup>. Por otra parte, la Ley 32/1984 amplía el ámbito de la contratación estructural, mediante la creación del contrato de lanzamiento de nueva actividad, calificado por la doctrina como una modalidad propia de la contratación temporal coyuntural<sup>98</sup>.

Años más tarde, la D. Ad. 1ª de la Ley 22/1992, 30 de julio<sup>99</sup>, fija la duración mínima en 12 meses. Poco después, la Ley 10/1994, 19 de mayo<sup>100</sup>, de medidas urgentes para el fomento de la ocupación, deroga el Decreto 1989/1984, pero posibilita la prórroga (máximo 2) de los contratos temporales de fomento del empleo que expiren entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, hasta un plazo máximo de 18 meses (D. Ad. 3ª). A su vez, el art. 17.3 ET'80 al no ser modificado por la Ley 11/1994, 19 de mayo<sup>101</sup>, se incorpora al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1995, 24 de marzo<sup>102</sup>. Con carácter previo, en el plan de empleo para el año 1995 establecido en el art. 44 Ley 42/1994, 30 de diciembre<sup>103</sup>, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, se mantiene la posibilidad de que las empresas contraten “temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas” a determinados colectivos de trabajadores (beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, que lleven inscritos como parados al menos un año en la Oficina de Empleo; mayores de 45 años; y minusválidos) durante un período comprendido entre los 12 meses y los tres años. Regulación que se mantendrá vigente para el año 1997, mediante la D. Ad. 6ª de la Ley 13/1996, 30 de diciembre<sup>104</sup>, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Finalmente, el fomento del empleo mediante la contratación temporal desaparecerá con la Ley 63/1997, 26 de diciembre<sup>105</sup>, sobre Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida<sup>106</sup>. También queda derogada la modalidad de contratación temporal por lanzamiento de nueva actividad. La nueva política se orientará “prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la

---

<sup>96</sup> BOE 4 de agosto.

<sup>97</sup> Disposición desarrollada por el Decreto 1989/1984, 17 de octubre (BOE 9 de noviembre), que, a diferencia del Decreto precedente, elimina las limitaciones en función de la plantilla y amplía la duración mínima hasta los 6 meses y la máxima, nuevamente, a los 3 años.

<sup>98</sup> **MARTÍNEZ ABASCAL.** *La contratación coyuntural en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 21

<sup>99</sup> BOE 4 de agosto.

<sup>100</sup> BOE 23 de mayo.

<sup>101</sup> BOE 23 de mayo.

<sup>102</sup> BOE 28 de marzo.

<sup>103</sup> BOE 31 de diciembre.

<sup>104</sup> BOE 31 de diciembre.

<sup>105</sup> BOE 30 de diciembre.

<sup>106</sup> Cuyo origen, como se sabe, se encuentra primero en el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, de 28 de abril 1997, suscrito por CEOE/CEPYME y CC OO/UGT; y, posteriormente, el Decreto-Ley 8/1997, 17 de mayo.

conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido” (nueva redacción del art. 17.3 TRET). No obstante, en la actualidad, queda un reducto del sistema de contratación temporal no sometido a causa de temporalidad alguna<sup>107</sup>.

De todo lo expuesto, se extrae que, si fuéramos coherentes con la tesis que defiende la incompatibilidad de la estabilidad con la contratación temporal, debería colegirse que el primer reconocimiento legislativo de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español no se produce hasta el año 1997<sup>108</sup>. Si efectivamente la estabilidad está intrínsecamente vinculada a la limitación de la capacidad para celebrar contratos temporales, salvo el período iniciado a partir de 1997, con anterioridad esta restricción sólo tuvo una vigencia de 6 meses (período comprendido entre la LRL’76 – 8 de abril - y el Decreto-Ley 18/1976 - 8 de octubre). Ni con anterioridad al 8 de abril de 1976 ni con posterioridad al 8 de octubre del mismo año existió limitación legal alguna a la celebración de contratos de duración determinada. Y lo cierto es que la consistencia de las consecuencias que se derivan de esta secuencia lógica cae por su propio peso. Lo que, a su vez, evidencia una paradoja entre quienes sostienen que la idea de la estabilidad en el empleo está muerta en el ordenamiento jurídico actual, pues, la reforma de 1997 evidencia todo lo contrario. En otro orden de consideraciones, parece que la doctrina laboral contemporánea a la reforma de 1976 “mató a la estabilidad en el empleo antes de que naciera”<sup>109</sup>.

iv.- En cuarto lugar, sin poner en duda que el sistema de extinción causal juega un papel fundamental en la vertebración de la estabilidad, lo cierto es que no puede aceptarse, desde un punto de vista técnico-jurídico, que la posibilidad de pactar un término ensombrezca (o anule) completamente su existencia. En cambio, la doctrina laboral ha llegado a afirmar que el *abuso* en la utilización de la contratación temporal “derrumba como arena los muros de la causa justificada del despido”<sup>110</sup>. Tampoco existe una consustancial e indisoluble relación entre la mayor o menor permisividad de la temporalidad en la prestación de servicios contratados con la causalidad en la extinción de los contratos<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> D. Ad. 1ª Ley 43/2006, 29 de diciembre, Mejora del Crecimiento y del Empleo (BOE 30 de diciembre). Un análisis histórico reciente de la evolución de la contratación temporal en, **CAVAS MARTÍNEZ**. *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*, op. cit., p. 113 y ss.; y **ESCUDERO RODRÍGUEZ**. *Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable*. RL 2000 – I, p. 353 y ss.

<sup>108</sup> No obstante, PÉREZ REY matiza su postura, apartándose de la tesis de OJEDA AVILÉS que, a raíz de las reformas iniciadas en 1976, proclama el fin del principio de estabilidad [en *El final de un “principio” (la estabilidad en el empleo)*, op. cit.], sosteniendo que “pese a que la noción clásica de estabilidad comenzaba a retroceder; no parece, sin embargo, que el retroceso fuera de tanta intensidad como para proclamar su desaparición”. PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 62 y 63.

<sup>109</sup> A la misma conclusión llega **ALARCÓN CARACUEL**. *La vigencia del principio ‘pro operario’*, op. cit., nota 1, p. 839.

<sup>110</sup> **OJEDA AVILÉS**. *Los trabajadores temporales*, op. cit., p. 116 y ss. *Vid.* también, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, op. cit., p. 19 a 21: “la idea de estabilidad en el empleo, técnicamente, se contrae a la duración que deba asignarse a la relación laboral al momento de celebración del contrato que constituye la misma”.

<sup>111</sup> **MIÑAMBRES PUIG**. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 53.

La celebración de contratos temporales (incluso, los no sometidos a causa de temporalidad alguna<sup>112</sup>) no significa – en modo alguno - que la aplicación del principio *favor negotii* o que las diversas manifestaciones jurídico-positivas tendentes al favorecimiento del vínculo negocial desaparezcan. No sólo persiste la aplicabilidad del principio de causalidad para la extinción del contrato (el empresario - por el momento - no puede *desistir* del contrato sometido a término; y, si quiere resolver anticipadamente, está sujeto al régimen resolutorio ordinario); sino que, además, la estabilidad en el empleo no se reduce al sistema de causalidad resolutorio, sino que es una más de las diversas y heterogéneas instituciones que lo conforman (aunque probablemente, eso sí, la más relevante). No existe, por tanto, una relación de causa-efecto que permita afirmar, desde un punto de vista jurídico, que la temporalidad *per se* debilita los pilares fundamentales sobre los que se asienta la estabilidad, entendido – eso sí, y perdón por la reiteración - como una derivación del principio de continuidad del negocio jurídico<sup>113</sup>. Afirmación que tampoco se desvirtúa porque alguna de las instituciones que conforman la estabilidad aplicable a los contratos temporales *sea susceptible* de ajuste (como sucede en la suspensión).

v.- Sin duda, la estabilidad en el empleo y la temporalidad actúan en dos planos absolutamente diferenciados, y por consiguiente tienen bien definidos sus ámbitos de operatividad. Lo que no excluye que haya ciertos espacios de intersección; sin que, por otra parte, exista una relación de mutua exclusión, ni mucho menos. En pocas palabras, la estabilidad en el empleo opera con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de los contratos de trabajo<sup>114</sup>.

Por este motivo, este planteamiento tampoco debe interpretarse como una negación de que el contrato de trabajo por tiempo indeterminado cumple una función individual y socialmente más útil que el contrato sometido a término<sup>115</sup>, y que sea aconsejable la limitación de los contratos a término, especialmente, porque existe un riesgo elevado a su uso abusivo o en fraude de ley. Repárese que en la evolución histórica de los contratos temporales, el encadenamiento de contratos temporales es perfectamente lícito y el factor que precipita el intento de limitar su uso, no es la estabilidad en el empleo, sino la constatación de su uso abusivo y el fraude de ley<sup>116</sup>. Tampoco debe entenderse que, con la aceptación de este planteamiento, se esté negando la relación existente entre el régimen jurídico de la extinción del

---

<sup>112</sup> D. Ad. 1ª Ley 43/2006, 29 de diciembre, Mejora del Crecimiento y del Empleo (BOE 30 de diciembre).

<sup>113</sup> Incluso, en el extremo, la celebración de contratos temporales *en cadena* es un fenómeno que, en todo caso, debería calificarse como contrario a la buena fe contractual, al fraude de ley o al abuso de derecho, sin afectar, por tanto, a la esencia del principio de estabilidad en el empleo.

<sup>114</sup> Lo que no quita que, alguna de las instituciones jurídicas que lo conforman deban ser objeto de matización, atendiendo a la duración temporal o indefinida.

<sup>115</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>116</sup> *Vid.* al respecto, OJEDA ÁVILÉS. *Los trabajadores temporales*, *op. cit.*, p. 112 y ss; y 127 a 132.

contrato de trabajo y la proliferación de otras formas de trabajo que, en esencia, van dirigidos a eludirlo.

Es cierto, como recoge BAYLOS GRAU<sup>117</sup>, que se ha producido (y es previsible que continúe en un futuro) una progresiva expansión de formas atípicas de empleo o fórmulas de contratación temporal, así como un progresivo recurso a la *deslaboralización* acudiendo a otros regímenes jurídicos, como mecanismo para eludir la protección jurídico-laboral<sup>118</sup>. Ahora bien, sin negar este hecho indubitado, no se desprende la desaparición de la estabilidad, sino todo lo contrario. Estas circunstancias, lejos de denotar un debilitamiento de la estabilidad en el empleo, son una consecuencia directa de su vigencia en el ordenamiento jurídico español. La proliferación de estos modelos de empleo alternativos es la manifestación más evidente del mantenimiento de una determinada concepción (garantista) de la conservación del negocio jurídico<sup>119</sup>. Por lo que lejos de ser una muestra de debilidad o inexistencia, pone de manifiesto que la estabilidad, entendido como derivación del principio de continuidad del negocio jurídico, sigue disfrutando de una salud jurídica considerable<sup>120</sup>. Entenderlo de otro modo, esto es, colocar desde un punto de vista conceptual a la temporalidad y la estabilidad en un plano de restricción mutua, desembocaría en una contradicción insuperable.

De hecho, de acuerdo con este planteamiento, la vigencia del principio de estabilidad en el empleo se halla mucho más amenazada por la posibilidad de celebrar contratos sometidos a condición resolutoria que a término; pues, no puede garantizarse ni la dimensión temporal ni la dimensión certeza o seguridad (recuérdese que su regulación se ciñe a los apartados a y b del art. 49.1 TRET, y sólo se limita si el pacto es constitutivo de un abuso de derecho). Lo que no deja de ser paradójico, atendiendo al escaso interés doctrinal y jurisprudencial que ha suscitado esta causa extintiva en el debate relativo a la estabilidad en el empleo.

Otra cosa distinta es la discusión relativa a si estas “nuevas figuras” contractuales se adaptan a la legalidad, o bien, deben calificarse como una palmaria desviación del sentido de la norma (sin que, a nuestro entender, la reciente creación de la figura del TRADE aporte nada positivo a este escenario, sino todo lo contrario). O bien, la discusión de si el trabajo por cuenta

---

<sup>117</sup> BAYLOS GRAU. *Por una (re) politización de la figura del despido*. RDS nº 12, 2000, p. 24. Circunstancia constatada con anterioridad por GOÑI SEIN. *Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo*. En “La flexibilidad laboral” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 71.

<sup>118</sup> Dejando al margen, claro está, los intentos de contratación fraudulentos, como la contratación temporal sin causa de temporalidad o bien falsas relaciones extralaborales de carácter temporal, entre otras. *Vid.* al respecto, y sobre las respuestas jurídicas posibles, MONTOYA MELGAR. *La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*, *op. cit.*, p. 138 y ss.

<sup>119</sup> *Vid.*, al respecto, MARTÍNEZ EMPERADOR. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 21; y DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*. Separata “Los Despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”. CDJ, p. 60 y ss.

<sup>120</sup> En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO se ha producido, lo que denomina, “efecto Mateo”, en el sentido de que “el mantenimiento de la protección tradicional del *despido* se viene haciendo a costa de ampliar e incluso favorecer formas precarias de empleo” [la cursiva es nuestra]. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. *Derecho, trabajo y despido*. RL 1997 - I, p. 4.

ajena sigue erigiéndose en un sistema de formalización de relaciones laborales válido en el sistema productivo contemporáneo. Sin voluntad de incidir sobre este fenómeno (por exceder del objeto de estudio), lo cierto es que, desde un punto de vista conceptual, no puede aceptarse la existencia de una dicotomía entre la estabilidad y la contratación temporal (o, en su expresión más extrema, la precariedad o *eventualización*). Es decir, ambas dimensiones (seguridad y temporalidad) no se excluyen recíprocamente ni se encuentran, desde una estricta perspectiva dogmático-jurídica, en una relación de *disyuntividad*, en el sentido de que un incremento de la estabilidad en el empleo, o mejor dicho, que el único medio de fortalecer la conservación del negocio jurídico, deba hacerse necesariamente a costa de una restricción de la posibilidad de celebrar contratos temporales (o de la restricción de la temporalidad). Ni mucho menos. Porque, como ya se ha expuesto, pero conviene reiterar de nuevo, el acuerdo de un término (con o sin causa de temporalidad) no anula, *per se*, el sistema de resolución causal del contrato, ni tampoco desactiva automáticamente el resto de instituciones jurídicas dirigidas a garantizar la continuidad de la relación laboral. Ahora bien, sin duda, la progresiva *eventualización* del empleo es el precio que se está pagando (o *que se pagó*, aunque sus efectos sean aún claramente visibles) para mantener la integridad de la estabilidad en el empleo<sup>121</sup>. Extremo, este último, que desvela una *dimensión política* que no puede obviarse y que, de un modo interesado y partidista, se ha querido subsumir dentro de la lógica de la estricta técnica jurídica, con efectos claramente distorsionadores desde la perspectiva del análisis técnico-jurídico.

vi.- Aceptando, como se expondrá a continuación, que la existencia del régimen jurídico de la jubilación forzosa convierte todo contrato indefinido en un contrato sometido a término, se desprende con claridad que, desde un punto de la estructura conceptual de la estabilidad, no puede aceptarse que la posibilidad de celebrar contratos temporales acabe por neutralizar su vigencia. Por consiguiente, el origen del problema no está en la presunta incompatibilidad de la estabilidad en el empleo y la duración determinada de los contratos, sino en la concreta duración pactada y en un uso desviado de esta liberalidad de los contratantes.

vii.- Por otra parte, en la medida que – como se analizará<sup>122</sup> - a partir de la Ley de Tribunales Industriales de 1908 el Legislador apuesta por el cumplimiento por equivalencia en las resoluciones contractuales injustificadas, la falta de un “motivo suficiente” no impide, salvo casos puntuales, que el trabajador pierda irremediablemente su empleo. Circunstancia que no repercute ni en la lógica del principio de causalidad ni en la de la resolución contractual, sino

---

<sup>121</sup> En términos similares, **VALDÉS DAL-RE**. *Los despidos por causa económica*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 398. Circunstancia a la que contribuyó el hecho de que los Sindicatos, ante el alarmante incremento del paro durante la primera década del periodo democrático, tuvieran que centrar su atención más en la gestión y conservación de los puestos de trabajo existentes, que en la articulación de medidas eficaces de gestión del ingreso a un trabajo (y específicamente de la contratación temporal). **BAYLOS GRAU**. *Por una (re) politización de la figura del despido*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>122</sup> *Vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*.

que responde a motivos de economía procesal. Aunque sí repercute - sería ilógico no admitirlo - en la *intensidad* con la que se protege el vínculo contractual.

Dadas estas *premisas normativas*, en la medida que la permanencia del trabajador en la organización productiva, *entendida en términos de duración*, no puede garantizarse (pues, el empresario “siempre” puede resolver ilícitamente y, posteriormente, cumplir por equivalente), se podría concluir que, en puridad, no puede hablarse de estabilidad en el empleo, en ninguna de sus variadas formulaciones. Circunstancia que llevaría, nuevamente, a afirmar que, mientras exista la posibilidad legal de cumplir por equivalente, la estabilidad en el empleo no existe. Y más aún, que salvo momentos puntuales de la historia del Derecho del Trabajo español o supuestos muy concretos en la legislación actual, la estabilidad en el empleo no ha existido ni existe.

En cambio, frente a estos planteamientos, como se tratará de justificar a lo largo de este trabajo, debe predicarse la carga disuasiva de toda indemnización económica y, por consiguiente, su dimensión preventiva (y, en consecuencia, favorecedora de la conservación del negocio). Sin duda, se trata de un poderoso instrumento capacitado para provocar la inhibición de la conducta de los individuos (al nivel que el Legislador estime como socialmente idóneo). Lo que quiere decir que es un parámetro delimitador de un (determinado) nivel de estabilidad en el empleo. No entenderlo de este modo significaría omitir una dimensión sustancial de la exégesis de la norma jurídica que regula la resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable. Otra cosa será si nos parece que dicho importe es el adecuado, o de otro modo, si el Legislador ha calculado adecuadamente el nivel de riesgo que está dispuesto a aceptar. Aspecto que centrará una parte importante de la *Segunda Parte* de este estudio.

viii.- Tampoco puede aceptarse como un argumento válido que la impronta del principio *in dubio pro operario* (esto es, de una de las *causas primeras* o *raíz* del Derecho del Trabajo) sobre el principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común, haya contribuido decisivamente a ubicar a la estabilidad en el empleo en otra dimensión, esto es, en un estadio más amplio, aglutinador no sólo de la dimensión seguridad, sino también de la dimensión temporal. Proposición que no puede aceptarse, pues, pese a tratarse de dos dimensiones que comparten espacios de intersección y, por ende, son compatibles, responden a objetivos heterogéneos no agrupables. Especialmente, si se tiene en cuenta la génesis de esta idea y que en nuestro sistema de relaciones laborales la autonomía de la voluntad sigue jugando un papel preponderante en la constitución de las relaciones de trabajo, a pesar de todas las limitaciones heteronómicas<sup>123</sup>. Por otra parte, afirmar lo contrario significaría desconocer que el

---

<sup>123</sup> DEL PESO CALVO, analizando la estabilidad en el empleo, afirma que “De todos es conocido que existen determinados trabajos que sólo pueden realizarse en ciertas épocas, y que existen actividades en las que sólo y exclusivamente se precisa un elevado número de personas para realizarlas cuando circunstancias coyunturales así vienen en aconsejarlo. Partir de que todo contrato debe ser siempre permanente, sin que en ningún momento y por ninguna causa se pueda romper, sería en definitiva lo que llevaría a una auténtica ‘estabilidad en el empleo’, pero



origen de una de las manifestaciones más importantes de la estabilidad (la resolución causal) tiene su origen en la contratación temporal, por lo que, siguiendo la exposición de la cita de FERNÁNDEZ MIRANDA expuesta, en la búsqueda de la univocidad, si cada uno de los objetos reales es idéntico a sí mismo, no puede ser él, y al mismo tiempo, otro que él. Esto es, se estaría negando un aspecto conceptual consustancial de su contenido semántico técnico-jurídico.

y ix.- En resumen, desde una perspectiva de coherencia jurídica, asumiendo, por tanto, que no puede afirmarse que la estabilidad haya nacido en el ordenamiento jurídico español en 1997, se colige que la estabilidad en el empleo no sólo no se reduce a la exigencia de una causa de temporalidad, sino que además, ambos no son planteamientos excluyentes, en el sentido de que un fortalecimiento de la dimensión seguridad tenga que repercutir necesariamente en la dimensión temporal.

Sostener que es consustancial a la concepción de lo que debe entenderse por “estabilidad en el empleo” la dimensión temporal, es un planteamiento que, a nuestro modo de ver, es víctima de un reduccionismo analítico, puesto que viene a afirmar que la estabilidad está únicamente integrado por el principio de causalidad resolutorio; obviando el resto de instituciones jurídicas que conforman su armazón. Además, en el fondo, está confundiendo el cumplimiento del contrato por el acaecimiento del término con el régimen jurídico de la ineficacia contractual.

Si bien es cierto que la pactación de un término posibilita que las partes pongan fin a la relación sin necesidad de acudir al régimen del despido o de la extinción del contrato por causas no inherentes al trabajador, no significa que quede automáticamente excluida la aplicación de tales reglas ni, por supuesto, del resto de instituciones que conforman la estabilidad en el empleo<sup>124</sup>. Por otra parte, debe recordarse que la idea de la estabilidad en el empleo nace y se desarrolla en el seno de la regulación de los contratos sometidos a término, como medida preventiva frente a la extinción *ante tempus injustificada*. Es decir, el génesis de la estabilidad se halla en la lógica liberal de salvaguardar el contenido de lo pactado. Luego, es difícil que *conceptualmente* pueda sostenerse la incompatibilidad de la celebración de un contrato sometido a término con la estabilidad en el empleo (y más aún, cuando el sistema extintivo de la justa causa – paradigma de la estabilidad en el empleo - es fruto de la regulación de esta modalidad contractual)<sup>125</sup>.

---

sería colocar la relación entre las partes en una situación en la que la misma ofrecería tal número de inconvenientes que en definitiva mataría el contrato en sí mismo y con ello la relación de trabajo que une al empresario con el trabajador. Creemos, y así es nuestro criterio, que cuando el tema se ha propuesto en este Congreso con este título de ‘Estabilidad en el empleo’, lo que se ha querido plantear ha sido el estudio de las garantías que deben ofrecerse al trabajador para que la voluntad caprichosa del empresario no le deje en una situación de desempleo”. **DEL PESO Y CALVO. La estabilidad en el empleo.** RPS nº 70, 1966, p. 185 y 186.

<sup>124</sup> Cfr. **DURÁN LÓPEZ.** *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, *op. cit.*, p. 14 y 15.

<sup>125</sup> En contra, PÉREZ REY sostiene que el “sometimiento de la extinción de la relación laboral a los márgenes de la justa causa, lejos de constituir un derivado del derecho común, es una de las principales manifestaciones del

En definitiva, la posibilidad de celebrar contratos temporales a término, sin necesidad de que concurra, lo que hoy se denomina, “causa de temporalidad” no debilita el concepto de estabilidad en el empleo, entendido en sus precisos y rigurosos términos.

## ***II.- ‘Otras’ delimitaciones del objeto de estudio.***

Teniendo muy presente lo que se ha expuesto en el epígrafe anterior, siguiendo con la tarea de descripción del concepto de estabilidad en el empleo y, paralelamente, de delimitación de las cuestiones que van a ser objeto de análisis, deben destacarse otras cuestiones que quedan fuera de los límites de la conceptualización precisa de la idea de favorecimiento negocial que se trata de defender en este estudio. Conviene advertir que alguna de estas “delimitaciones” no son más que una consecuencia de lo expuesto con anterioridad. Otras, en cambio, responden a la propia naturaleza jurídica del instituto jurídico-positivo.

- Dentro de la primera categoría, esto es, como una consecuencia lógica de los planteamientos que se han expuesto, debe entenderse que el régimen jurídico de la jubilación, en todas y cada una de sus modalidades, también debe quedar fuera del objeto de este estudio. El motivo, al igual que en lo relativo a la contratación temporal, es que no forma parte de la exégesis de la estabilidad en el empleo. Afirmación cuya justificación es relativamente sencilla (y breve) de exponer: si se trata de un supuesto de “jubilación forzosa” debe entenderse que, en puridad, nos encontramos ante un contrato sometido a término. En este sentido, siguiendo el planteamiento de SUÁREZ GONZÁLEZ al respecto, en una extensa cita: “en realidad, también los contratos a tiempo indeterminado tienen un término final construido por la jubilación del trabajador. No vemos ninguna dificultad en configurar técnicamente la jubilación, cuando es obligatoria, como término directamente determinado, establecido por las Reglamentaciones y convenios para los trabajadores que alcanzan una determinada edad. En el momento de celebrar el contrato, las partes no pueden eludir tal posibilidad, que entra en la categoría del *certus an, certus quando*. (...) A nuestro entender, la imposibilidad hace referencia a supuestos que no se pudieron prever o que, previstos, no se pudieron evitar en el momento de la celebración del contrato: cuando tal imposibilidad se puede prever como cierta y hasta en fecha segura, nos encontramos ante un patente caso de término final, que respecto del contrato produce los mismos efectos que el término normal y que, en su tratamiento jurídico, se diferencia de éste en que la jubilación implica para el trabajador el nacimiento del derecho a devengar, en ciertas

---

Derecho del Trabajo que rompe con el ejercicio libre de la resolución unilateral como mecanismo ordinario de desvinculación de las relaciones indefinidas”. PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo, op. cit.*, nota 67, p. 41 y 42.

condiciones, determinadas prestaciones de la Seguridad Social”<sup>126</sup>. Por consiguiente, se colige su rechazo al igual que se ha hecho con ocasión de los contratos temporales.

En cambio, si la jubilación se configura como un derecho del trabajador (o “voluntaria”) debe equipararse a la figura del desistimiento (aunque, como se sabe, sometido a ciertos condicionantes o presupuestos, pues, debe concurrir el elemento de la edad que legalmente se determine - incluso, en el supuesto, como sucede en muchas ocasiones en la práctica, que estén “incentivadas” por la persuasión del empresario<sup>127</sup>)<sup>128</sup>. Y, por ende, el ordenamiento jurídico nada puede hacer si el trabajador, llegado un determinado momento (por ejemplo, una determinada edad), decide *motu proprio* no continuar con su trabajo. Pues, sin duda, la estabilidad en el empleo “hace referencia a una parcela de la extinción de la relación de trabajo, o sea aquella en que se rompa por la voluntad del empresario, dado que si ello ocurre por la voluntad del trabajador, es indiscutible que el problema de la estabilidad, como fenómeno social, deja de tener importancia y pierde interés”<sup>129</sup>.

- Otro de los aspectos que deben quedar fuera del objeto de estudio que se propone es la institución de la “excedencia voluntaria” prevista en el art. 46.2 TRET. Dejando – por el momento - al margen la discusión relativa a la diferencia entre la suspensión y la excedencia, motivada en parte por la deficiente redacción legal, aunque implícitamente desvelando nuestro punto de vista al respecto, lo cierto es que la excedencia prevista en el apartado 2º del art. 46 TRET tiene un tratamiento jurídico claramente diferenciado con respecto al resto de supuestos calificados como “excedencias” y supuestos “suspensivos” previstos en la Ley. En concreto, el trabajador no tiene reconocido un derecho a la reserva de su puesto de trabajo, sino simplemente, un derecho preferente al reingreso (art. 46.5 TRET). Lo que, desde un punto de vista jurídico-positivo, permite afirmar que en modo alguno puede calificarse como una verdadera medida legal de protección de la continuidad del empleo, pues, finalizada la excedencia voluntaria, *de facto* se da una situación de *no-continuidad*<sup>130</sup> condicionada (a la

---

<sup>126</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 19 y 20 (*vid. también*, p. 5).

<sup>127</sup> En este sentido, entre otros, MONTOYA MELGAR y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. *Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo*. RMTAS, nº extra: Jubilación Flexible, 2003, p. 36.

<sup>128</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ sostiene, en cambio que “es claro que no se trata de una condición no potestativa, dado que su eficacia resolutoria depende de la voluntad del trabajador que se jubila. Pero tampoco puede considerarse condición potestativa, porque su realización no depende sólo de esa voluntad, sino también del presupuesto que implica el alcanzar una determinada edad. De ahí su configuración como condición mixta”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*. Círculo de Empresarios-Pirámide. Madrid, 1980, p. 155 y 156. Sin embargo, cabe oponer ciertas objeciones a este planteamiento desde el instante que la doctrina ha criticado la validez de las *obligaciones condicionales puramente potestativas* (*vid. al respecto extensamente infra, Epígrafe II.1 del Apartado C del Capítulo IV – Primera Parte*).

<sup>129</sup> DEL PESO Y CALVO. *La estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>130</sup> Para un sector de la doctrina, se entiende que la excedencia voluntaria debe configurarse como un supuesto de “extinción del contrato con derecho condicionado a la readmisión”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 149 y 150. Recogiendo este planteamiento, MONTOYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 2000, p. 437. Defendiendo la extinción del contrato durante la situación de excedencia voluntaria, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos.

existencia de una “vacante de igual o similar categoría”). Por consiguiente, ante una situación en la que está pendiente, no tanto el momento, cuanto el evento futuro considerado en sí mismo (*incertus an incertus cuando*)<sup>131</sup>. Como se sabe, la excedencia voluntaria, sin perjuicio de lo que pueda establecer la negociación colectiva (en cuyo caso, es posible que la figura se acabe asemejando a la institución suspensiva) no lleva aparejada reserva de plaza, por lo que el reingreso del excedente al finalizar la situación sólo es exigible en tanto que exista una vacante en la empresa adecuada a su categoría. Por otra parte, la jurisprudencia ha declarado la imposibilidad de asemejar la excedencia voluntaria a la suspensión<sup>132</sup>.

A la misma conclusión debe llegarse respecto del supuesto de *excedencia sindical* previsto en el art. 46.4 TRET, pues, como se sabe, en virtud de la STC nº 263, 3 de octubre 1994<sup>133</sup>, en contra de la opinión de un sector de la doctrina, simplemente se reconoce un derecho preferente al reingreso<sup>134</sup>.

---

Madrid, 1965, p. 48. En contra de este criterio, recogiendo el parecer de un sector de la doctrina (CRUZ VILLALÓN y MATÍA PRIM), CAMACHO ORTEGA. *La excedencia sindical*. Ibidem. Madrid, 1997, p. 120 a 122.

<sup>131</sup> Citando a MESSINEO, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 22. En términos similares, BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 479 y ss. Vid. también, ABELLA MESTANZA. *Despidos especiales por razón de las personas*. Tesis Doctoral, 1976, p. 21 y ss.

<sup>132</sup> Además, ha declarado que, en caso de extinción del contrato en virtud del art. 51 TRET, los excedentes voluntarios no tienen derecho al percibo de indemnización alguna, aunque figuren en la lista de afectados, pues, no puede considerarse que pierdan el puesto de trabajo, sino simplemente una expectativa de reingreso. STS 25 de octubre 2000 (RJ 9676).

<sup>133</sup> RTC 263.

<sup>134</sup> Aunque conviene tener presente que un numeroso sector de la doctrina, en virtud de lo previsto en el art. 48.3 TRET, sostiene que “queda garantizado el reingreso del trabajador e incluso se concreta el marco temporal en el que debe hacerse efectivo”, por lo que debe entenderse que se trata de un supuesto suspensivo (y, por lo tanto, a los efectos de este estudio, incardinable en el principio de estabilidad en el empleo). SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48*. En “Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia (Dir. del Rey Guanter)”. La Ley. Madrid, 2005, p. 810. En términos similares, CAMACHO ORTEGA. *La excedencia sindical*, op. cit., p. 187; GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*. Comares. Granada, 1998, p. 181 y 185; y ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999. No obstante, resulta interesante analizar las objeciones que GORELLI HERNÁNDEZ opone a esta tesis (p. 186 y 187); debiéndose destacar en cualquier caso, la necesidad de replantear legislativamente esta institución, pues, la redacción actual plantea numerosos problemas interpretativos.

### ***III.- Recapitulación.***

Una de las tareas fundamentales para un enfoque adecuado de cualquier análisis científico-jurídico es precisar el objeto de estudio. Cuestión que ha tratado de efectuarse en las páginas precedentes. De lo expuesto, puede colegirse que, de los diversos acercamientos posibles al fenómeno de la estabilidad en el empleo que ha barajado la doctrina, el presente estudio sólo se centrará en los mecanismos creados por el Derecho del Trabajo para posibilitar la permanencia del trabajador a la organización productiva, esto es, el *principio de mantenimiento del vínculo* o del *negocio jurídico*, que es lo que, en puridad, debe identificarse con la expresión estabilidad en el empleo. La contratación temporal, el régimen jurídico de la jubilación (voluntaria y forzosa) así como la excedencia voluntaria y la sindical quedan fuera del objeto de estudio, por entenderse que no forman parte de la exégesis de la estabilidad en el empleo. Por consiguiente, el término “estabilidad en el empleo”, hace referencia, siguiendo la exposición de MONTOYA MELGAR, a los “sistemas de garantía del empleo”, esto es, la “protección de los trabajadores incorporados al mercado de trabajo y *titulares de una ocupación laboral*”<sup>135</sup>.

En las páginas que siguen, trataremos de describir el contenido de este planteamiento jurídico desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

---

<sup>135</sup> [La cursiva es nuestra] MONTOYA MELGAR. *Derecho del trabajo y crisis económica, op. cit.*, p. 95. No obstante, conviene precisar que, aunque este autor presenta el principio de estabilidad en el empleo y el principio de presunción en favor de la duración indefinida de los contratos como dos realidades distintas (*La incidencia de la crisis económica en la dogmática de la relación laboral*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 32); también sostiene una interpretación *amplia* del concepto de estabilidad en el empleo, dado que “la garantía del empleo (...) es hoy equivalente de más equitativo reparto del trabajo existente y de fomento de las posibilidades de empleo para conseguir reducir el número de desempleados” (*Derecho del trabajo y crisis económica, op. cit.*, p. 98); y también identifica “estabilidad en el empleo” con la duración indefinida de los contratos (*Derecho del trabajo y crisis económica, op. cit.*, p. 109 y ss.).



## CAPÍTULO II.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

La estabilidad en el empleo, como se ha expuesto, es una derivada del principio general de conservación del negocio jurídico aplicable al contrato de trabajo, sin que pueda afirmarse que la cuestión relativa a su duración quede, desde un estricto punto de vista técnico-jurídico, integrada en su seno<sup>1</sup>.

Asimismo, también se ha puesto de manifiesto que se trata de un principio que no se recoge explícitamente en ninguna norma del ordenamiento jurídico, careciendo de un enunciado legal explícito. En efecto, la Constitución de 1978 no lo reconoce de forma expresa, refiriéndose únicamente al derecho al trabajo (art. 35 CE)<sup>2</sup>. Y, la ordenación legal tampoco lo menciona, aunque, como se sabe, son múltiples las instituciones que se inspiran en él, erigiéndose en el principio tutelador de las relaciones de trabajo por excelencia. No obstante, conviene tener en cuenta que la continuidad del contrato de trabajo está presente en otros preceptos constitucionales como condición material imprescindible para que el ejercicio de determinados derechos fundamentales sea posible<sup>3</sup>.

Fuera de estos supuestos, en las escasas ocasiones en las que se ha pronunciado, el TC no se ha prodigado en desarrollar extensas formulaciones dogmáticas al respecto, mostrándose – lamentablemente – excesivamente escueto. Según el criterio del Tribunal Constitucional, la estabilidad en el empleo es un planteamiento que “se destila” del art. 35 CE<sup>4</sup>. En concreto, según la STC nº 22, 2 de julio 1981<sup>5</sup>, el derecho al trabajo presenta un doble aspecto: colectivo e individual. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo<sup>6</sup>. En su dimensión individual, este

---

<sup>1</sup> *Vid.* al respecto *supra* en el *Capítulo* anterior.

<sup>2</sup> Un análisis de la evolución histórica de este derecho en, **ALARCÓN CARACUEL**. *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*. RPS nº 121, 1979, p. 14 y ss.; y **SASTRE IBARRECHE**. *El derecho al trabajo*. Trotta. Madrid, 1996, p. 23 y ss.

<sup>3</sup> Así se declara la suspensión de la relación de trabajo para preservar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y la participación del trabajador-ciudadano en la vida política (art. 9.2 CE) junto con el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). Y también se permite al trabajador alterar ciertas condiciones de la relación de trabajo (art. 23 TRET) para ejercer su derecho a la promoción profesional (art. 35 CE).

<sup>4</sup> De hecho, la doctrina laboral con anterioridad a la CE de 1978 había puesto de relieve la conexión entre el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo. **DE LA VILLA GIL**. *Problemas de estabilidad en el empleo*. Estudios sociales. Murcia, 1973, p. 3.

<sup>5</sup> RTC 22.

<sup>6</sup> Pues, afirma “en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”. Interpretación que si bien debe contextualizarse en un determinado escenario histórico-económico, es ciertamente discutible, pues, da a entender la errónea idea de que la oferta de empleo es finita. Por otra parte, la doctrina laboral ha destacado que “en un sistema de economía de mercado el derecho al trabajo no pasa de ser un principio de política social, sin que quepa hablar en rigor de un derecho público subjetivo frente al Estado para obtener un empleo”. **MONTOYA MELGAR**. *La protección constitucional de los derechos laborales*. En “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 287.

derecho se concreta “en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación”, por un lado, y en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”, por otro<sup>7</sup>. Siendo esta segunda acepción de la dimensión individual del derecho al trabajo la que interesa a los efectos de este estudio y que conviene analizar más detenidamente. De todos modos, conviene tener presente que esta dicción de la Sentencia no es más que un pronunciamiento ‘obiter dicta’<sup>8</sup>. Por otra parte, la STC nº 103, 4 de junio 1990<sup>9</sup> sostiene que “En el Derecho del Trabajo, la regla general es que el cese unilateral de la relación laboral tenga su origen en una causa justa o motivo justificado”<sup>10</sup>. Posteriormente, la STC nº 20, 27 de enero 1994<sup>11</sup> afirma que “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”. Finalmente, la STC nº 192, 27 de octubre 2003<sup>12</sup> completa estos planteamientos al afirmar que “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”<sup>13</sup>. En definitiva, como afirma

---

<sup>7</sup> De hecho, como recoge DALMASSO, el Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña en la discusión del texto del actual art. 35 CE propuso el siguiente texto: “Todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de trabajar. Se reconoce el derecho a la libre elección de profesión u oficio, a la estabilidad en el empleo y a la promoción personal a través del trabajo”. DALMASSO. *Un análisis sobre el alcance del reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Española*. Boletín Aranzadi Laboral nº 46, 2003, versión digital (BIB 2003\1304). La doctrina laboral ha destacado que el contenido de la dimensión individual del derecho al trabajo se concreta en tres aspectos: la obligación de los empresarios de contratar a determinados trabajadores; el derecho a desarrollar la prestación de trabajo una vez que el trabajador ha sido contratado; y el derecho a no ver extinguido su contrato de trabajo sin justa causa. GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Civitas. Madrid, 1995, p. 36 y 37. *Vid.* también, MONTROYA MELGAR. *La protección constitucional de los derechos laborales*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>8</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, nota 17, p. 37.

<sup>9</sup> RTC 103.

<sup>10</sup> Y añade: “que puede tener relación con la conducta individual del trabajador (art. 54 del Estatuto de los Trabajadores) con razones especiales como la fuerza mayor o las causas tecnológicas o económicas (art. 51 del Estatuto de los Trabajadores) o con causas objetivas relacionadas con la persona del trabajador y su puesto de trabajo (art. 52 del Estatuto de los Trabajadores). En todos estos supuestos, el empleador puede extinguir la relación laboral, pero en todos ellos, a no ser que el despido disciplinario sea procedente, el Estatuto prevé una indemnización, es más, la normativa laboral común no admite la libre resolución del contrato por parte del empresario, a no ser que existan razones que lo justifiquen. Puede, por lo tanto extraerse del ordenamiento laboral común una regla general de la que se deriva que el trabajador cuyo contrato se extingue por libre decisión del empresario tiene derecho a una indemnización”.

<sup>11</sup> RTC 20.

<sup>12</sup> RTC 192.

<sup>13</sup> En el plano internacional cabe destacar el Convenio nº 158 OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

Por su parte, el art. 1 de la *Carta Social Europea* de 1961 declara que “A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; 2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; 3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos



BAYLOS GRAU, “un despido sin causa es un despido no sólo contrario a lo que establece la norma legal, sino un acto que no se adecua a ‘los valores y principios constitucionalmente definidos’, aunque el TC no se pronuncie, en esta afirmación, sobre el alcance que este tema debe tener sobre la calificación de las consecuencias del despido realizado sin causa”<sup>14</sup>.

La doctrina laboral, ante la constatación de la imposibilidad de que el art. 35 CE se cumpla en sus propios términos, ha afirmado que el núcleo del derecho al trabajo lo constituye la garantía del pleno empleo<sup>15</sup>, de modo que la estabilidad en el empleo vendría a erigirse en una de las manifestaciones de la misma<sup>16</sup>. Lo que no debe interpretarse, como afirma GORELLI HERNÁNDEZ, en una asimilación del derecho al trabajo y la política de pleno empleo, pues, supondría estigmatizar al Derecho del Trabajo con la naturaleza programática de la proclamación de la política orientada al pleno empleo. Sin negar que exista una clara relación entre ambos conceptos, se trata de dos normas distintas reguladas en dos capítulos diferentes del título primero. Además, si se admitiera la asimilación, sigue el citado autor, “supondría una repetición o reiteración totalmente innecesaria que provocaría la desactivación de una de las normas por otra”<sup>17</sup>. Por otra parte, tampoco cabe defender que el derecho al trabajo se asemeje

---

los trabajadores; 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 reconoce el “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Por su parte, la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores* de 1989 no contiene mención alguna a la estabilidad aunque sí se refiere al desarrollo “cuando sea necesario, ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como los procedimientos de despido colectivo o los referentes a las quiebras”.

También conviene destacar que la *Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea* del año 2000, dispone en su art. 30 que “Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>14</sup> **BAYLOS GRAU**. *Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual*. RL 2004 – I, versión digital (La Ley 1323/2004).

<sup>15</sup> **SASTRE IBARRECHE**. *El derecho al trabajo, op. cit.*, p. 81 y 82. Una crítica a la sistematicidad seguida por el constituyente al separar el “derecho al trabajo” de la referencia a la “política orientada al pleno empleo” en, **ALARCÓN CARACUEL**. *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar, op. cit.*, p. 26 y 27. En términos similares, **HERRANZ CASTILLO**. *En torno al contenido esencial del Derecho al trabajo como Derecho fundamental*. AJA nº 613, 2004, versión digital (BIB 2004\122).

<sup>16</sup> De la búsqueda del pleno empleo se deriva, junto a la exigencia de la estabilidad en el empleo, la de creación de puestos de trabajo. Aunque, conviene tener presente que, a diferencia de la estabilidad, la doctrina ha puesto de manifiesto que aquélla es “insostenible en forma de derecho subjetivo”. **HERRANZ CASTILLO**. *En torno al contenido esencial del Derecho al trabajo como Derecho fundamental, op. cit.* (versión digital). En términos similares, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *El derecho del trabajo en la Constitución*. En “Lecturas sobre la Constitución española” (Coord. Fernández Rodríguez). UNED. Madrid, 1978, p. 209.

<sup>17</sup> Poniendo en duda la atribución de un carácter esencialmente programático del derecho al trabajo en, **REVUELTO MARTÍNEZ**. *El derecho al trabajo en la Constitución*. En “Estudios sobre la Constitución española de 1978” (Ed. Ramírez). Libros Pórtico. Zaragoza, 1979, p. 157 a 159.

a la proclamación de una estabilidad indiscriminada ejercitable frente a cualquier empresario, sin que pueda concebirse como un derecho absoluto<sup>18</sup>.

Por todo ello, siguiendo a PÉREZ REY, “la satisfacción del derecho al trabajo, en el sentido de obtener un empleo, sólo puede conseguirse trascendiendo lo individual, en una perspectiva social que asume el Estado a través de sus órganos. Esta vertiente ‘colectiva’ del derecho al trabajo viene entonces a suplir las carencias del derecho individual al trabajo, que, no obstante, lejos de quedar huérfano de contenido se dirige a asegurar otros extremos de la relación de trabajo en vigor, entre ellos, la estabilidad en el empleo”<sup>19</sup>.

Asumiendo que la estabilidad en el empleo es parte integrante del contenido esencial del derecho al trabajo constitucionalmente protegido, el TC ha dado un paso más y, como se ha indicado, estima que el sistema de extinción causal también forma parte de dicho contenido esencial, como una derivación natural de la estabilidad. El TC ha interpretado que la causalidad debe entenderse como la “exigencia de un motivo (más o menos tipificado y ‘justo’) para poder dar por extinguido el contrato de trabajo”<sup>20</sup>. Para ser justa “ha de ser de considerable entidad o importancia; proporcionada, en suma, a la entidad o importancia del ‘sacrificio personal y económico’ que supone para el trabajador la pérdida del empleo”<sup>21</sup>. Es importante advertir – aunque el TC no lo diga – que el empleo del término “causa” se hace como equivalente a “motivo” y no tanto al término propio del Derecho común<sup>22</sup>. La concreción de lo que deba interpretarse por un “motivo justo” dependerá de lo que estime el Legislador ordinario, por lo que puede ser susceptible de cambio. Sin perjuicio de posibles adelgazamientos o construcciones expansivas desde un punto de vista de legalidad ordinaria, cabe plantearse si desde un punto de vista constitucional cabe identificar un núcleo duro de lo que debe entenderse por “motivo justo”; y, por consiguiente, blindado frente a las posibles interferencias del Legislador. Lo cierto es que, pese a que la Constitución española nada especifica al respecto, cabe defender la existencia de un mínimo infranqueable, constituido por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución. Se trataría de una delimitación en negativo, debiéndose entender que no puede constituir un motivo de extinción del contrato de trabajo el fundado en motivos que atenten contra los derechos fundamentales. Aunque, conviene puntualizar, la protección frente a este tipo de agresiones probablemente no

---

<sup>18</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 42 y 43. Vid. al respecto también, PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 48 y 49; ALONSO OLEA. *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Civitas. Madrid, 1982, p. 35; y GUANCHE MARRERO. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Civitas. Madrid, 1993, p. 24. En este sentido, resultan muy ilustrativa la exposición de RIVERO LAMAS respecto de las construcciones que defienden “la propiedad del empleo” y las que reconocen al trabajador un “auténtico derecho subjetivo sobre la función”. RIVERO LAMAS. *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*. RPS n° 70, 1966, p. 200 y 201.

<sup>19</sup> PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 42.

<sup>20</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 37.

<sup>21</sup> SASTRE IBARRECHE. *El derecho al trabajo*, op. cit., p. 246.

<sup>22</sup> Cfr. SASTRE IBARRECHE. *El derecho al trabajo*, op. cit., p. 246

depende (o no precisaría) del reconocimiento del derecho al trabajo, sino que deriva del valor supremo que el ordenamiento jurídico reconoce a estos derechos.

Paralelamente, es importante tener en cuenta que el objetivo perseguido por la exigencia de causalidad no se limita a proteger el interés laboral al mantenimiento del empleo, sino que también aspira a evitar posibles situaciones de indefensión del trabajador en el curso de la relación de trabajo<sup>23</sup>.

Llegados a este estadio se plantea un nuevo interrogante, pues, debe tratarse de indagar si cabe integrar dentro del contenido esencial del derecho al trabajo otras proyecciones del *favor negotii*, como la conservación del contrato a pesar de su nulidad parcial, la limitación temporal del período de prueba, la tácita reconducción, el *ius variandi* y la continuidad del contrato en determinados casos de cambio de empresario, la modificación unilateral de las condiciones de trabajo y la suspensión de la relación de trabajo (i.-). Además, también cabe preguntarse si la “idea” de la conservación del negocio jurídico en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, como “principio” está amparada constitucionalmente (ii.-).

Sin duda, son aspectos que plantean una complejidad técnico-jurídica de primer orden, especialmente, porque más allá de la referencia al principio de resolución causal, el TC – salvo error u omisión – no se ha pronunciado nunca al respecto. Por otra parte, tampoco existe un extenso acervo doctrinal. Lo que, en su conjunto, dibuja un escenario confuso, pues, los elementos a partir de los cuales puede dilucidarse las cuestiones planteadas son ciertamente escasos. En definitiva, lo que se nos plantea es que tratemos de indagar qué interpretaría el TC respecto de un tema sobre el que no se ha pronunciado nunca. Lo que, a pesar de estas dificultades, no obsta que tratemos de dar un poco de luz al respecto y ofrecer una (nuestra) interpretación.

i.- Desde el punto de vista de las reglas jurídicas o instituciones jurídico-positivas que promueven el *favor negotii*, recuérdese que para la STC n° 22, 2 de julio 1981<sup>24</sup>, el derecho al trabajo integra “*derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa*”. Como puede observarse el TC hace coincidir la estabilidad en el empleo con el sistema de causalidad. La cuestión, entonces, está en determinar si la estabilidad en el empleo

---

<sup>23</sup> Según DE LA VILLA GIL, “el fundamento último del principio de estabilidad en el empleo se encuentra en los derechos **de** trabajar y **a** trabajar del hombre, a fin de conseguir los objetivos individuales y de alcance social; los primeros se relacionan con el desarrollo de la propia personalidad en el trabajo y la tutela de los intereses familiares, y los sociales se conectan, nada menos, con ... ‘la prosperidad y grandeza de la patria’... En realidad, el principio de estabilidad en el empleo aspira a mantener el equilibrio entre los intereses individual, colectivo, general y público y por ello resultan trasnochadas las posturas liberales extremas que veían en el reconocimiento del derecho al trabajo... ‘un atentado a los derechos individuales de los demás y, principalmente, a la propiedad...’”. DE LA VILLA GIL. *Problemas de estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 2 y 3. Vid. también, KATZ. *La estabilidad en el empleo*. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1957, p. 1 y 2; LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 156 a 158; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnica jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 99, p. 696 y 697.

<sup>24</sup> RTC 22.

queda absorbida por aquélla, o bien, cabe estimar que existen otras vertientes de la citada estabilidad. Cuestión que plantea un problema de difícil solución, especialmente, porque obliga a indagar qué es lo que interpreta el TC al respecto cuando nunca se ha pronunciado de forma expresa<sup>25</sup>. A nuestro entender, para evitar análisis especulativos, debemos tratar de ceñirnos a los elementos interpretativos que nos ofrece la doctrina constitucional. En este sentido, aceptando que la estabilidad en el empleo es una derivada del principio de conservación del negocio jurídico, a nuestro modo de ver, debe afirmarse que su universo, desde la perspectiva *estrictamente* constitucional, sólo orbita alrededor del sistema de causalidad. Sin que sea admisibles otras dimensiones o vertientes, como la cuestión relativa a la duración de los contratos o, como tendremos oportunidad de ver, la relativa a la readmisión en caso de resolución injustificada. A partir de los elementos que nos proporciona el TC, algunos de ellos poco precisos (como, por ejemplo, el empleo del término “despido”<sup>26</sup>) puede afirmarse que todas y cada una de las instituciones anteriormente citadas y que conforman el armazón de lo que se entiende por estabilidad en el empleo quedan integradas en el sistema de causalidad. Es decir, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, en una primera aproximación, puede defenderse que todas estas instituciones jurídicas no dejan de ser supuestos en los que las facultades extintivas de las partes contratantes quedan neutralizadas con carácter indefinido o temporal. Es decir, como común denominador, todas ellas impiden que se desplieguen los efectos extintivos derivados bien de la invalidez (para la nulidad parcial) o bien de la ineficacia (en el resto) que, atendiendo a la lógica del Derecho de los contratos y de las obligaciones, podrían desplegarse en los supuestos en los que operan estas instituciones. En definitiva, forman parte del sistema de causalidad, de un modo similar a como sucede con los derechos fundamentales, porque no son motivo de extinción del contrato. La cuestión es si estas instituciones se integran en el contenido esencial del sistema de causalidad constitucionalmente reconocido, erigiéndose en un terreno vetado al Legislador ordinario o no. A nuestro entender, todas y cada una de estas instituciones forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, pues, empleando el discurso argumentativo de GORELLI HERNÁNDEZ<sup>27</sup>, en base a lo que el TC entiende que es el contenido esencial de un derecho, hoy sería impensable una regulación que suprimiera de un plumazo el sistema de limitaciones de la invalidez e ineficacia del contrato de trabajo, debiéndose afirmar que todas ellas son una parte necesaria, como

---

<sup>25</sup> En este contexto se situarían, a nuestro entender, las tesis de autorizados autores que sostienen que del reconocimiento del derecho al trabajo debe derivarse la exigencia de un principio de causalidad para la contratación temporal, al igual que se exige para la extinción del contrato. En este sentido, entre otros, **PÉREZ REY**. *Estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 44 a 46. *Vid.* al respecto también, aunque en contra, **MIÑAMBRES PUIG**. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, *op. cit.*, p. 42 a 45.

<sup>26</sup> En este sentido avanzamos que en este estudio se opta por una concepción restrictiva del término “despido” (incumplimiento imputable del trabajador).

<sup>27</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 48 y 49.

elemento instrumental de protección, del principio de causalidad y, por consiguiente, parte integrante del contenido esencial del derecho al trabajo.

Por tanto, puede afirmarse que la conservación del contrato a pesar de su nulidad parcial, la limitación temporal del período de prueba, la tácita reconducción, el *ius variandi*, la continuidad del contrato en determinados casos de cambio de empresario y por modificación unilateral de las condiciones de trabajo y la suspensión de la relación de trabajo son manifestaciones de la estabilidad en el empleo que forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo (art. 35 CE), como parte instrumental imprescindible o consustancial del principio de causalidad.

Dicho esto, la determinación de los sujetos legitimados para “jugar” con los citados institutos y la concreción de las causas o motivos que autorizan su ejercicio queda condicionada a lo que prevea el Legislador ordinario, en función de los objetivos marcados por la política de pleno empleo y el derecho al trabajo así como por otros objetivos concurrentes constitucionalmente recogidos (por ejemplo, protección de la familia, etc.)<sup>28</sup>; sin que, claro está, el Legislador esté facultado para elaborar reglas que desvirtúen la naturaleza jurídica de estas instituciones o que en su aplicación comporten una lesión de los derechos fundamentales. Lo que, por otra parte, evidencia que la preservación de la continuidad del negocio jurídico no significa que constitucionalmente se proteja la estabilidad en el puesto de trabajo (la perpetua inamovilidad), pues, precisamente, el reconocimiento de estas facultades a cualquiera de ambas partes posibilita la alteración de lo pactado a lo largo de la duración (pactada) del contrato (como un mecanismo para garantizar, precisamente, la continuidad).

Aceptando que el sistema de causalidad forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo y, por consiguiente, asumido su carácter inalterable por el Legislador ordinario, cabe plantearse si la readmisión del trabajador en caso de extinción injustificada también forma parte del mismo como un complemento de la misma. A nuestro modo de ver, como ya se ha avanzado, debe responderse negativamente. En primer lugar, porque el derecho al trabajo no puede asemejarse a una obligación jurídica exigible, como un auténtico deber jurídico, esto es, asimilable a un derecho de propiedad sobre el puesto de trabajo (de algún modo, similar a la lógica funcional)<sup>29</sup>. Para un sector de la doctrina, la readmisión no forma parte del derecho al trabajo porque así se deriva del reconocimiento a la libertad de empresa. En concreto, se afirma

---

<sup>28</sup> En definitiva, siguiendo a ALARCÓN CARACUEL, de la redacción del art. 35 CE, con respecto al poder legislativo, se derivaría, en sentido negativo, la imposibilidad de emanar normas contrarias al derecho del trabajo (se entiende, a alguna de las instituciones que cobija el sistema de causalidad); y, en sentido positivo, estará obligado a producir normas favorecedoras de ese derecho al trabajo. ALARCÓN CARACUEL. *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, op. cit., p. 29.

<sup>29</sup> NÚÑEZ SAMPER considera que el principio de estabilidad es una manifestación de un derecho de propiedad que ostenta el trabajador sobre su empleo. NÚÑEZ SAMPER. *De la libertad de despido a la propiedad del empleo*. CPS n° XVI, 1952, p. 51. Vid. una exposición de estos planteamientos y una crítica en, GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 44 a 46.

que el reconocimiento de este derecho descarta la posibilidad económica de que los poderes públicos garanticen sin fallos la satisfacción del derecho al trabajo<sup>30</sup>.

A nuestro modo de ver, sin pretender extenderse en exceso al respecto por el momento (por cuanto será objeto de un detallado análisis con posterioridad), debe afirmarse que la readmisión no forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo, porque se trata de una cuestión de naturaleza estrictamente procesal (y no sustantiva) y, por tanto, incardinable no en el derecho al trabajo sino en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Lo que explica la constitucionalidad de los cambios que este régimen ha sufrido a lo largo de los años, pues, se trata de una cuestión contingente sujeta a los vaivenes de las diversas políticas legislativas<sup>31</sup>. Lo que, a su vez, comporta que la exclusión de esta dimensión del contenido del derecho al trabajo no es una consecuencia derivada del respeto a la libertad de empresa, sino de la necesidad de satisfacer otro derecho constitucional como es la tutela judicial efectiva.

Incluso, cabe sostener que la exigencia constitucional de un sistema de extinción causal no es una consecuencia derivada del conflicto entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo<sup>32</sup>. A nuestro juicio, desde un punto de vista dogmático, la libertad de empresa – *ex art. 38 CE* – no está intrínsecamente vinculada con la exigencia de una “justa causa” para extinguir el contrato, sino que ésta es una regla cuyo fundamento reside única y exclusivamente en el derecho al trabajo – *ex art. 35 CE*. Aseveración que exige ciertos apuntes clarificadores que, por el momento, sólo se enunciarán (dejando su exposición detallada para un apartado posterior de este estudio). En primer lugar, debe objetarse que el fundamento de los conocidos como *poderes empresariales de alteración sobrevenida de las condiciones de trabajo* resida en el derecho a la libertad de empresa<sup>33</sup>. Desde el instante que la legislación laboral reconoce al trabajador una facultad de alteración unilateral, no puede mantenerse, sin caer en una contradicción insalvable, que en la

---

<sup>30</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española*. En “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, p. 197. Autor que afirma que “en virtud del propio principio de libertad de empresa, no sólo la creación de nuevos puestos de trabajo está, en gran medida, en manos de la iniciativa privada, sino el propio mantenimiento de los puestos existentes”.

<sup>31</sup> STC nº 58, 29 de junio 1983 (RTC 58). Para un sector de la doctrina la “exigencia de causa deja de tener efectividad si ante su incumplimiento no le sigue, como consecuencia lógica, el reingreso del trabajador a su puesto de trabajo”. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 37. En términos similares, **MONTOYA MELGAR**. *La protección constitucional de los derechos laborales*, *op. cit.*, p. 288. A pesar de ello, según **GORELLI HERNÁNDEZ**, la readmisión no forma parte necesaria, como elemento instrumental de protección, del principio de causalidad, y no es integrante del contenido esencial del derecho al trabajo, porque en el ordenamiento jurídico español, pese a que formalmente el sistema sea de causalidad del despido, el vigente en nuestro ordenamiento, es una causalidad de la indemnización. **GORELLI HERNÁNDEZ**, *op. cit.*, p. 39 y 49.

<sup>32</sup> Un sector de la doctrina afirma que la exigencia de causalidad es una limitación de la autonomía empresarial y, por tanto, de la libertad de empresa. **MARTÍN VALVERDE**. *Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>33</sup> Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina laboral el fundamento de estas facultades reside en la libertad de empresa. Así, como botón de muestra, se afirma que “no parece forzado reconducir este haz de facultades para el manejo de los recursos humanos de la empresa en el concepto clásico del poder de dirección del empresario. El reconocimiento constitucional de la libertad de empresa nos lleva, así, a este poder empresarial, que sintetiza y combina, con notable elasticidad, un haz o conjunto de facultades organizativas”. **MARTÍN VALVERDE**. *La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo*. REDT nº 33, 1988, p. 62 y 63.

libertad de empresa reside el fundamento de las citadas facultades empresariales. Si trabajador y empresario pueden alterar sobrevenidamente el contenido del contrato, parece lógico afirmar que el fundamento que lo posibilita deba ser el mismo. Momento en el que la validez de la teoría que encumbra a la libertad de empresa como fundamento se desploma por su carácter incompleto e incoherente con la lógica de los planteamientos descritos. Circunstancia que no queda desvirtuada por el hecho de que los supuestos en los que pueden ejercer estas facultades modificatorias sean heterogéneos, pues, lo que se está dilucidando es la posibilidad de sustraerse unilateralmente de lo pactado y no las concretas condiciones para su ejercicio. Reconocida esta facultad a ambos contratantes es indiscutible que su fundamento debe beber de la misma fuente. Por consiguiente, tratando de hallar un fundamento común que justifique las facultades de alteración sobrevenida de *ambos* contratantes, el derecho al trabajo y, en concreto, la estabilidad en el empleo se erige en el único que puede responder adecuadamente a esta cuestión.

Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente con mayor detalle<sup>34</sup>, la posibilidad del trabajador de alterar sobrevenidamente lo pactado, sin negar la existencia de otros objetivos concurrentes<sup>35</sup>, aspira principalmente a dar continuidad a la relación de trabajo a pesar del cambio sobrevenido de las circunstancias. Del mismo modo, la posibilidad del empresario de “alterar” sobrevenidamente lo pactado – entendido en sentido amplio –, únicamente puede justificarse desde la perspectiva de la continuidad en el negocio jurídico y en la voluntad del Legislador de posibilitar bien la continuidad de la relación de trabajo (para el caso de que se opte por la *movilidad interna*) o bien de la organización productiva y, por ende, de los contratos de trabajo a ella vinculados (para el caso de que se acuda a la denominada como *movilidad externa*). Afirmar que la posibilidad de alterar el contrato por causas de empresa atenta contra la estabilidad y la conservación del empleo es, a nuestro entender, el resultado de una aproximación parcial a este complejo fenómeno. El interés del Derecho del Trabajo por la posibilidad de alterar el contenido de lo pactado, y no de otras disciplinas del ordenamiento jurídico, sólo cobra sentido en tanto que se erige en el principal mecanismo a través del cual se estima que mejor puede alcanzarse la protección del empleo existente, esto es, la estabilidad en el empleo. Profundizando un poco más y, adelantando alguna de las conclusiones, el fomento de la competitividad y la consiguiente necesidad de flexibilización, sólo puede entenderse si se acepta que es la clave de bóveda del entramado jurídico creado por el Legislador de 1994 para posibilitar la estabilidad en el empleo.

---

<sup>34</sup> Vid. el análisis con respecto a la teoría de la excesiva onerosidad en el *Epígrafe I del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte)*.

<sup>35</sup> En este sentido, la doctrina ha distinguido, siguiendo a PEDRAJAS MORENO – citado por RAMÍREZ MARTÍNEZ –, entre un fin o fundamento remoto (estabilidad en el empleo) y el fin o fundamento próximo (identificado con la tutela de determinados intereses o valores concretos). RAMÍREZ MARTÍNEZ. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994, p. 22 y 23.

Al mismo tiempo, defender que la libertad de empresa es “el” fundamento que justifica la alteración de lo pactado no sólo resulta “sorprendente”, por cuanto supone negar uno de los contenidos esenciales de este principio liberal (esto es, la autonomía de la voluntad y la consiguiente sujeción a lo pactado); sino que también resulta “sospechoso”, por cuanto sólo se predica respecto de las relaciones del empresario con sus trabajadores y no respecto del resto de agentes del mercado con los que aquél puede tener vínculos contractuales. Y sobre los que también puede depender la continuidad de la actividad empresarial (y, en cambio, las posibilidades de alteración de lo pactado son ciertamente remotas – o al menos, no se promueven legalmente). En este contexto, si se acepta que el principio *pro operario* es un principio constitutivo del Derecho del Trabajo, que da fundamento espinal a esta rama especializada del Derecho, creada con la explícita finalidad de tutelar una de las partes de la relación laboral<sup>36</sup>, no deja de sorprender – por resultar a nuestro entender, contradictorio - que se afirme que uno de los pilares esenciales del régimen jurídico de esta disciplina – como es lo relativo a la modificación, suspensión y extinción del contrato - “halle” su fundamento en la libertad de empresa, esto es, en dar respuesta a las pretensiones de quienes menos protección precisan.

Por otra parte, llegados a este estadio de la exposición, conviene avanzar que la vinculación de la posibilidad de alterar el contenido de lo pactado con la estabilidad en el empleo no debe interpretarse como una alineación con las tesis que niegan la naturaleza contractual de estas facultades, ni mucho menos, sino con planteamientos que integran la dimensión organizativa en la propia estructura causal del contrato<sup>37</sup>. En este sentido, las categorías conceptuales del incumplimiento imputable, la imposibilidad objetiva y la excesiva onerosidad sobrevenidas juegan, como se analizará<sup>38</sup>, un papel trascendental en la configuración del armazón dogmático de la ordenación legal de la estabilidad en el empleo.

Paralelamente, la defensa del derecho al trabajo como fundamento último de estas facultades de alteración contractual de los contratantes, tampoco debe interpretarse como una vulneración de la libertad de empresa del empresario ni de su derivada legítima pretensión de organizar de la mejor forma posible y a la vez más rentable el factor trabajo en la empresa. Pues, esta facultad se desenvuelve en el seno del contrato, esto es, dentro de lo pactado, mientras que las derivadas de la estabilidad en el empleo facultan a las partes la posibilidad de

---

<sup>36</sup> **ALARCÓN CARACUEL**. *La vigencia del principio 'pro operario'*, *op. cit.*, p. 848 y 849.

<sup>37</sup> Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, conviene tener presente que, como apunta GARCÍA ABELLÁN, que este planteamiento no se opone necesariamente al derecho de corte individualista, aunque sí opera limitando sus imperfecciones, ya que permite, “a través de la consagración positiva del *status* del trabajador, institucionalizar la vida del trabajo, objetivando la relación para reconducirla a una nueva y duradera estructura jurídica no tanto negadora del contrato como superadora de éste al propender hacia lo comunitario sin por ello destrozar la zona de libre movimiento de la persona”. **GARCÍA ABELLÁN**. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*. Anales de la Universidad de Murcia, Volumen XVII, nº 3, 1959, p. D-267.

<sup>38</sup> *Vid. Epígrafe I del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte)*.



situarse, en muchas ocasiones, más allá de lo convenido, fuera del ámbito y medidas contratadas. Por consiguiente, puede afirmarse que el fundamento de los poderes de alteración de lo pactado de ambos contratantes reside en el derecho del trabajo y, más en concreto, en la estabilidad en el empleo<sup>39</sup>.

De todos modos, conviene tener en cuenta que la exposición de estas ideas, ahora sólo apuntadas, exige un desarrollo mucho más detallado y profundo. Planteamientos que, pese a su indudable engarce constitucional, no pueden desarrollarse en este estadio del estudio, pues, exigen que con carácter previo avancemos un poco más en la exposición (y concretemos con carácter propedéutico ciertos elementos esenciales para la construcción de nuestras tesis); remitiéndonos para su desarrollo pormenorizado al epígrafe que analiza la excesiva onerosidad como categoría dogmática.

ii.- Finalmente, como hemos avanzado, cabe preguntarse si la estabilidad en el empleo como “principio” está constitucionalmente amparada. Cuestión a la que debe responderse afirmativamente, desde el momento que el art. 35 CE reconoce el derecho al trabajo, el art. 40.1 CE insta a los poderes públicos a promover una política de pleno empleo y, sobre todo, que el art. 1 CE proclama el carácter Social del Estado de Derecho.

La fortaleza de la vinculación existente entre la Constitución y la estabilidad en el empleo es tan fuerte que, incluso, sería posible mantenerla aunque – hipotéticamente - el TC no hubiera manifestado que el sistema de causalidad forma parte del contenido esencial del art. 35 CE; o bien, que se defendiera que el resto de institutos jurídico-positivos que proyectan el *favor negotii* no quedan subsumidos en el citado precepto; o incluso, si se objetara la debilidad de este planteamiento en sobre la base del carácter programático del art. 40.1 CE. Si se acepta que la salvaguarda del empleo, en tanto que concreción del principio *pro operario*, es uno de los elementos esenciales sobre los que se ha construido el Derecho del Trabajo y que éste tiene su *razón de ser constitucional* en la proclamación del Estado Social de Derecho, se colige su reconocimiento constitucional al más alto nivel como “principio”, pues, de otro modo, difícilmente podría defenderse la configuración del Derecho del Trabajo como rama autónoma

---

<sup>39</sup> En cambio, para el STC nº 192, 27 de octubre 2003 (RTC 192) “como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ‘ad nutum’ de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”.

Y, en la doctrina laboral se afirma que “como el resto de poderes empresariales, el despido disciplinario halla su fundamento en el art. 38 CE. Aunque el fin esencial del Derecho del Trabajo consiste en proteger la dignidad y los derechos fundamentales del trabajo, el contenido de las normas laborales también está condicionado por la garantía constitucional de los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE). Como derecho fundamental, la libertad de empresa vincula al legislador laboral, tanto positiva como negativamente. En la medida que los derechos constitucionalmente reconocidos al trabajador, como el derecho al trabajo (art. 35 CE), pueden colisionar con el principio de la libertad de empresa, el legislador ha de llevar a cabo una concordancia práctica entre los distintos intereses”. **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 82.

y diferenciada del ordenamiento jurídico; y, por consiguiente, difícilmente podría defenderse el carácter “social” del Estado de Derecho. De hecho, la interpretación que el TC hace del art. 35 CE en la STC nº 22, 2 de julio 1981<sup>40</sup> evidencia, sin ningún género de dudas, que la “idea” de la estabilidad en el empleo no sólo se configura en la legalidad constitucional como un “principio general”, sino que, además, opera de un modo privilegiado.

- A modo de recapitulación, el estudio efectuado hasta este momento nos ha permitido delimitar, desde un punto de vista jurídico, a qué nos estamos refiriendo cuando empleamos la expresión “estabilidad en el empleo”. En concreto, afirmamos que se trata de una manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común, que opera en el Derecho del Trabajo con el fin de salvaguardar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia a través de la continuidad del contrato de trabajo. Definición que nos ha permitido identificar con precisión sus contornos jurídicos, posibilitando el descarte de aquellas acepciones que – entendemos – no pueden integrarse en su concepción (en concreto, la exigencia de una causa de temporalidad para celebrar contratos sometidos a término). Extremo de capital importancia, pues, se ha erigido en el principal factor discriminador del objeto de nuestra investigación.

Desde la perspectiva constitucional, a pesar de las escasas referencias existentes al respecto, entendemos que las diversas manifestaciones en las que la estabilidad en el empleo está presente en el ordenamiento jurídico (como principio jurídico o como regla jurídica) quedan plenamente integradas en el seno del art. 35 CE (la mayor parte de ellas, como una derivación del principio de causalidad exigido para la extinción contractual). El citado precepto es, sin duda, la clave de bóveda de todo el entramado conceptual que sustenta la configuración legal de este objetivo político-social. Debiéndose descartar la preeminencia que tradicionalmente se viene atribuyendo a la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE (sobre todo, en lo que respecta a las facultades de alteración contractual reconocidas al empresario).

A partir de esta plataforma conceptual, nuestro objetivo se va a centrar en averiguar si es cierto que la estabilidad en el empleo está en decadencia o no. Y, para ello, focalizaremos nuestra atención en dos aspectos diferenciados. En primer lugar, trataremos de averiguar si opera en el ordenamiento jurídico como un “principio” y, en caso afirmativo, intentaremos concretar su contenido. Y, en segundo lugar, a partir del estudio de las instituciones jurídico-positivas que promueven la continuidad del negocio jurídico, trataremos de evaluar la intensidad con la que se promueve el *favor negotii*.

---

<sup>40</sup> RTC 22.

### CAPÍTULO III.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO ‘PRINCIPIO’ VERTEBRADOR DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Una de las cuestiones que conviene dilucidar cuando de la estabilidad en el empleo se trata es si efectivamente puede predicarse como un “principio” del ordenamiento jurídico-laboral. En este sentido, la calificación de una *norma del Derecho* como un verdadero ‘principio’ puede afirmarse en tanto que cumpla con la cuádruple función propia de los Principios Generales del Derecho: *función directiva general, función interpretativa, función integradora y función constructiva*<sup>1</sup>.

Paralelamente a la averiguación de esta dimensión, es preciso determinar qué se entiende por la expresión ‘principio de estabilidad en el empleo’. En este sentido, puede afirmarse que su conceptualización viene delimitada fundamentalmente por dos vectores: los riesgos frente a los que se quiere proteger la continuidad del negocio jurídico y la intensidad con la que se ha querido prevenir cada uno de ellos. Por consiguiente, se trata de un concepto contingente, variable con el tiempo. Desde esta perspectiva, en el propósito de comprender la exégesis de la estabilidad en el empleo, y más concretamente, de su dimensión como ‘principio’, la perspectiva histórica es absolutamente relevante (por tres motivos):

1.- En primer lugar, porque desde un punto de vista analítico general, posibilita la comprensión del Derecho. Como apuntan GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y TUDELA CAMBRONERO – que citan respectivamente a CASAS BAAMONDE y a PALOMEQUE LÓPEZ -, “ignorar la perspectiva histórica significa, en último término, imposibilitar la propia comprensión del Derecho del trabajo, pues tal no es posible ‘si se ocultan las plurales circunstancias determinantes de su nacimiento’, toda vez que aquél no es más que ‘una categoría de imposible aprehensión sin el cabal conocimiento de su pasado’”<sup>2</sup>.

2.- En segundo lugar, porque, si se afirma que la estabilidad en el empleo es una norma del Derecho calificable como ‘principio’ es imprescindible analizar los factores que precipitan esta manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común<sup>3</sup>. Es decir, es preciso identificar los elementos que han contribuido a configurar este

---

<sup>1</sup> ALARCÓN CARACUEL. *La vigencia del principio ‘pro operario’*, op. cit., p. 863.

<sup>2</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y TUDELA CAMBRONERO. *El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica*, op. cit., p. 10 y 11. En términos similares, DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, op. cit., p. 27.

<sup>3</sup> Circunstancia que desvela la necesidad de prestar especial atención al contexto jurídico liberal y, en concreto, al régimen jurídico del *trabajo asalariado* previsto en el Código Civil y a la reforma en 1928 de la Ley de la Organización Corporativa Nacional. Es sobradamente conocido que, conforme a la lógica liberal, la concepción del Derecho y del papel que debe jugar el Estado en las relaciones de trabajo no es nada propicia para configurar un modelo legal dirigido al favorecimiento de los intereses de los trabajadores y, mucho menos, para articular medidas encaminadas a garantizar su subsistencia biológica a través del trabajo. De hecho, como se sabe, la prohibición del trabajo de por vida, ex art. 1583 CC, esto es, la preservación de la *perpetua provisionalidad*, constituye uno de sus principios

planteamiento vertebrador del Derecho del Trabajo, así como los factores que han capitalizado (o precipitado) su formación. Repárese que, sólo si somos capaces de aprehender su génesis, se estará en disposición de afirmar su calificación como un verdadero ‘principio’; desvelándose paralelamente, su alcance en la conformación del universo jurídico-laboral actual. Especialmente, porque probablemente el único modo para averiguar la determinación del ámbito de actuación de la conservación negocial como principio, exige su *decantación por vía inductiva*, “pasando de la observación de lo manifiesto al conocimiento de lo inédito, de lo singular a lo universal”<sup>4</sup>. De tal modo que “inducida la categoría o principio general de ‘conservación de negocio jurídico’, y decantada, así, una proposición dogmática general, constituye ésta, a su vez, el punto de partida para derivar conclusiones por vía de deducción, ‘de tal suerte que la verdad de ésta(s) se hace patente como integrada en la verdad universal de que deriva(n)’”<sup>5</sup>. Dando pie, por tanto, a una dinámica constructiva que se retroalimenta, pues, decantado inductivamente el fundamento, origen y razón fundamental de una materia o causa primera de algo (esto es, de la tendencia al favorecimiento del vínculo negocial, a través de las disposiciones particulares de la Ley) y obtenida una proposición dogmática fundamental, es posible que a partir de ésta última se promuevan nuevas interpretaciones que también traten de favorecer dicha tendencia; o, incluso, que se creen nuevas disposiciones normativas con el mismo propósito. Proceso que no podría afirmarse completado si no se es capaz de identificar las motivaciones político-sociales que lo sustentan (no sólo en su inicio, sino a lo largo de toda su evolución posterior). Y, en este sentido, parece lógico entender que la identificación del momento dentro de la secuencia histórica en el que esta “idea” eclosiona como un “principio autónomo” (esto es, como una constante diferenciada de la lógica liberal), resulta de una importancia extraordinaria. Lo que, dicho sea de paso, probablemente también contribuya a precisar el momento en el que el Derecho del Trabajo se erige como una verdadera “rama” del Derecho.

Llegados a este estadio, podemos afirmar que la realidad jurídico-positiva es la fuente de información más importante de este fenómeno. Desde esta perspectiva, puede avanzarse que la labor legislativa desarrollada a lo largo de la II República es absolutamente esencial. Especialmente, porque constituye un punto de inflexión en la reglamentación de las relaciones de trabajo y, sobre todo, en el papel heteronómico que debe jugar el Estado en su reglamentación. En efecto, la regulación normativa de la etapa republicana significa un salto

---

fundamentales. Régimen que, no obstante, exige su estudio en profundidad, especialmente, porque en el seno de la lógica legislativa reside uno de los principales elementos definitorios de la estabilidad en el empleo: la extinción causal del contrato.

<sup>4</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 60. Como afirma el citado autor, “inducir es, como método de conocimiento, es ‘ascender lógicamente en el entendimiento desde el conocimiento de los fenómenos a la ley que virtualmente los contiene o que se efectúa en todos ellos uniformemente’”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 134, p. 60.

<sup>5</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 61.

cualitativo de extraordinaria relevancia (el “gran salto adelante”) con respecto a las desarrolladas con anterioridad; pues, como se sabe, con la II República se pone punto y final a lo que se conoce como “Legislación social” - liberal -, para dar comienzo al “Derecho del Trabajo” como disciplina jurídica con sustantividad propia. Además, se trata de un momento en el que el empleo, o mejor dicho, el paro, pasa a convertirse en uno de los elementos que pautan la vida social, política y económica y que dictan y prácticamente monopolizan la acción legislativa. En este contexto, por primera vez en la Historia, en contraposición a los postulados liberales, la continuidad en el empleo se erige en un bien jurídico susceptible de protección legal y, por consiguiente, en un problema jurídico-público al que el Derecho debe tratar de dar respuesta. La necesidad de garantizar la continuidad del negocio jurídico, modificando ciertos aspectos de la lógica contractual liberal, pasa a convertirse en un problema de Estado, porque, al asegurar la supervivencia del trabajador y de su familia, contribuye a garantizar la paz social. Lo que, a fin de cuentas, describe un nuevo paradigma en la regulación positiva del trabajo por cuenta ajena y que sigue vigente en la actualidad. En este sentido, puede afirmarse que el principio de estabilidad en el empleo como “principio jurídico”, adquiere carta de naturaleza o, si se nos permite, madurez jurídica durante la II República. Hasta el extremo de que, como se tratará de demostrar, a partir de esta fecha, las posteriores reformas legislativas no son más que la proyección de los sucesivos intentos para dar respuesta a los heterogéneos riesgos que, al amenazar la continuidad del contrato, pueden poner en peligro la paz social.

3.- Y, finalmente, directamente relacionado con lo anterior, la importancia de la perspectiva histórica en el estudio de la estabilidad en el empleo es claramente perceptible, porque, frente a quienes sostienen que el principio de estabilidad “está muerto”, no sólo contribuirá a demostrar precisamente lo contrario, sino que también permitirá poner de manifiesto que, desde la perspectiva de su evolución histórica, se encuentra en una fase expansiva.

El reto que se nos plantea en este momento - y que trataremos de dar respuesta en las páginas que siguen - consiste en averiguar si en el ordenamiento jurídico español la idea de la estabilidad en el empleo cumple con los caracteres que, desde la perspectiva de las normas del Derecho, se atribuyen a los “principios”; para, a continuación, tratar de averiguar cuál es su contenido.

### ***A.- Caracteres de un ‘principio’ y la función directiva, interpretativa, integradora y constructiva del principio de estabilidad en el empleo.***

Siguiendo la exposición de MARTÍN VALVERDE<sup>6</sup>, dentro de la categoría genérica de las normas del Derecho, se diferencian dos especies diferentes: las ‘reglas jurídicas’ y los ‘principios jurídicos’. La distinción entre estas categorías conceptuales no es pacífica en la doctrina, existiendo un considerable número de teorías. A grandes rasgos, para algunos tratadistas, la diferencia se “centra en los criterios de la generalidad y de la indeterminación o vaguedad, consistiendo simplemente en una cuestión de grado”; de tal modo que, dentro de una gradación continua, los ‘principios’ jurídicos serían normas más generales que las ‘reglas’ o estarían enunciados en términos más vagos. Otros autores, en cambio, sostienen que las diferencias entre ambos conceptos no radican en el grado de indeterminación, sino en una cualidad o característica lógica. Sin que la doctrina tampoco sea pacífica al respecto. Según los planteamientos de ALEXY, la “diferencia básica entre principios y reglas radica en la estructura o configuración normativa de unos y otras”, aunque como denominador común, “ambos vinculan a los órganos encargados de la aplicación del derecho”. Así, prosigue el citado autor, si la estructura de toda norma de derecho consta de un supuesto de hecho y en una consecuencia jurídica, la distinción entre ‘reglas’ y ‘principios’ consiste en que, “mientras en las reglas jurídicas la consecuencia jurídica propugnada se anuda de manera necesaria a un supuesto de hecho determinado (o determinable mediante las técnicas de la interpretación jurídica), en los principios esta conexión necesaria entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica de la norma no se produce, o al menos no se produce de la misma manera. El mandato contenido en los principios no es incondicional o taxativo, sino que se aplica ‘en la medida de lo posible’, en función de las circunstancias particulares de los casos o supuestos de hecho concretos que la realidad de la vida jurídica plantea”. De tal modo que, prosigue MARTÍN VALVERDE, “los principios no delimitan de un modo preciso el supuesto de hecho de la norma, sino que desempeñan su papel normativo en una extensa zona o ámbito de supuestos de hecho donde concurren varios principios al mismo tiempo. Estos distintos principios disputan o compiten en la decisión de los casos o grupos de casos, sino que una u otra de las distintas valoraciones o ideas normativas en tensión que laten en ellos deba prevalecer necesariamente como sucede en las reglas, mediante la eliminación de las restantes”. Por este motivo, para ALEXY, la ‘regla’ jurídica merece la calificación de ‘mandato definitivo’, mientras que el ‘principio’ jurídico sólo es un mandato de optimización’. En cambio, para DWORKIN, el criterio diferencial entre ‘principios’ y ‘reglas’ no reside en el supuesto de hecho de la norma, sino en el contenido

---

<sup>6</sup> MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*. En “Los principios del Derecho del Trabajo” (Dir. de la Villa Gil y López Cumbre). CEF. Madrid, 2003, p. 43 a 45.

preceptivo de la misma. Así, si bien se asume que tanto las ‘reglas’ como los ‘principios’ son ‘razones para la acción’ (o ‘*rationes decidendi*’), las ‘reglas’ lo son de carácter perentorio, mientras que los ‘principios’ no participan de esta cualidad, sino que han de ser ponderados en relación con otros principios o argumentos para la decisión. De lo que se colige que la dimensión característica de las ‘reglas’ es la dimensión de ‘validez’ (una regla vale o no vale para un caso concreto); en cambio, la dimensión propia de los ‘principios’ es la dimensión de ‘peso’ o ‘importancia’ (los principios, en la decisión de una controversia, según unos u otros criterios de ponderación, pesan o importan más o menos).

Por todo ello, asumiendo las conclusiones de MARTÍN VALVERDE<sup>7</sup>, si bien es cierto que la diferencia entre ‘principios’ y ‘reglas’ se manifiesta en el más elevado nivel de generalidad de los primeros, la verdadera distinción radica en que unos y otras tienen cualidades normativas diferentes en aspectos sustantivos<sup>8</sup>. Finalmente, en cuanto a la contraposición de definiciones de ALEXY (‘definición estructural’) y DWORKIN (‘definición funcional’), no produce resultados demasiado distantes (aunque acabe optando por la primera), pues, ambas coinciden en “asignar a las reglas la nota del rigor en la ordenación de las relaciones sociales (dimensión de validez), y a los principios la nota de flexibilidad normativa (dimensión de peso)”. Así pues, afirma MARTÍN VALVERDE, “con independencia de la definición que se adopte, los principios jurídicos suelen desempeñar (...) un doble papel: de un lado, integran o colman las lagunas legales existentes en el ordenamiento, y de otro lado, aun en las materias en que no hay laguna legal contribuyen a afinar o mejorar la interpretación de las disposiciones aplicables”<sup>9</sup>.

Es importante tener en cuenta que, “para que los principios jurídicos puedan ser identificados o aplicados como tales han de estar previamente formulados o expresados en un enunciado normativo”. En este sentido, aunque no es incompatible con la idea de ‘principio’ su incorporación al ordenamiento jurídico directamente por el cauce de la legislación (de hecho, no hay obstáculo para que la ley se incline en determinadas materias por la regulación mediante principios), “el principal cauce institucional de expresión de los principios jurídicos es la

---

<sup>7</sup> MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, op. cit., p. 45 y 46.

<sup>8</sup> Como afirma el citado autor, “interesa destacar que la generalidad o amplitud del campo de aplicación es un rasgo que acompaña de manera natural a los principios jurídicos. También caracteriza a los principios el que la idea normativa en que consisten es sencilla, y, una vez identificada, puede enunciarse en términos bastante simples. Si bien se mira, estos dos rasgos están condicionados por la peculiar configuración o estructura de los principios en cuanto normas. Una norma o patrón de conducta que adopta la estructura o configuración del principio, y que es susceptible por tanto de aplicación en un ámbito extenso e indeterminado de supuestos, no puede por hipótesis superar un cierto umbral de complejidad en su contenido preceptivo. De ahí que (...), el enunciado de los principios consista en la mayoría de los casos en la indicación de un bien o interés y en la prescripción de una conducta relacionada con su protección o promoción”. MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, op. cit., p. 45 y 46.

<sup>9</sup> Una exposición del origen de los principios en, MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, op. cit., p. 49 y ss.

jurisprudencia”<sup>10</sup>. Consideraciones que ponen de manifiesto los distintos grados de elaboración o maduración en que pueden encontrarse los ‘principios’ jurídicos, de tal modo que, puede darse el caso que determinados ‘principios’ jurídicos, carezcan de una formulación acuñada. Se trata, por tanto, de principios jurídicos ‘latentes’ o ‘no expresos’<sup>11</sup>.

A pesar de que la STC n° 22, 2 de julio 1981<sup>12</sup>, se refiera al ‘derecho’ a la estabilidad en el empleo, no cabe duda de que, en propiedad, debe hablarse de un ‘principio’. Sin embargo, como hemos apuntado, se trata de un principio que no tiene un enunciado legal explícito (a diferencia de otros que rigen la ordenación jerárquica para la aplicación del ordenamiento laboral).

Delimitados los perfiles de los *principios* respecto de otros tipos de normas, la calificación del “principio de estabilidad en el empleo”, como un verdadero “principio” puede afirmarse en tanto que cumple con la cuádruple función propia de los Principios Generales del Derecho: *función directiva general, función interpretativa, función integradora y función constructiva*<sup>13</sup>. Lo cual es, hasta cierto punto, lógico si se acepta que se trata de una manifestación específica (y, podría decirse, privilegiada) del principio general *pro operario*.

Desde esta perspectiva y asumiendo en su plenitud su dimensión constitucional expuesta, se patentiza la importancia del principio de estabilidad en el empleo en el seno del Derecho del Trabajo, y, más concretamente, en la delimitación de su contenido y evolución. Hasta el extremo de que “sin el propósito de hacer de la estabilidad una regla efectiva a la vez que eficaz, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo no sería tal o, en su caso, se vería despojado ciertamente de parte esencial de su contenido”<sup>14</sup>.

En efecto, la *función directiva general* del proceso de creación del Ordenamiento jurídico laboral del principio de estabilidad en el régimen jurídico actual, a diferencia de lo expuesto por MIÑAMBRES PUIG<sup>15</sup>, no sólo no ha dejado de ser un punto de referencia cardinal, sino que ha quedado definitivamente consolidado, asumiendo en la actualidad una mayor coherencia y significado. Por todo ello, puede seguir afirmándose con rotundidad que la garantía de la estabilidad en el empleo sigue siendo un punto cardinal en la conformación de las normas jurídico-laborales<sup>16</sup>. La evolución histórica de las diversas manifestaciones positivizadas del principio de estabilidad así como su reconocimiento y expansión recientes en el ordenamiento

---

<sup>10</sup> MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, op. cit., p. 51 y 52.

<sup>11</sup> MARTÍN VALVERDE. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, op. cit., p. 53 y 54.

<sup>12</sup> RTC 22.

<sup>13</sup> ALARCÓN CARACUEL. *La vigencia del principio ‘pro operario’*, op. cit., p. 863.

<sup>14</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 46.

<sup>15</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 48.

<sup>16</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 46.



laboral vigente así lo atestiguan<sup>17</sup>. Y, el análisis de la evolución histórica de la legislación social que se efectuará en el epígrafe que sigue, contribuirá a mostrar no sólo la progresiva concienciación del Legislador respecto de la necesidad de salvaguardar la continuidad del contrato de trabajo y el consiguiente reconocimiento de las diversas manifestaciones positivas que la posibilitan a lo largo del tiempo, sino también a comprender la génesis de un principio esencial en la concepción de lo que es hoy el Derecho del Trabajo.

Por otra parte, paralelamente a esta *función directiva general*, puede afirmarse que el citado principio, ha pasado a cumplir una *función interpretativa*<sup>18</sup>. Más allá de las manifestaciones positivas del principio de estabilidad en el empleo que serán analizadas con posterioridad, la “idea” de la estabilidad en el empleo también contribuye a “precisar el significado o finalidad de las normas escritas que tutelan el trabajo por cuenta ajena”<sup>19</sup>. Lo cierto es que, al igual que en el Derecho común, “la idea de conservación juega un papel preponderante dentro del ámbito general de la interpretación del negocio jurídico, como específico canon o precepto interpretativo”. Noción que aparece “cuando, entre diversos criterios de interpretación de que sea susceptible un acto jurídico, se manifiesta la preferencia a favor de aquel que potencie la eficacia del mismo o de una de sus cláusulas”<sup>20</sup>. O, como afirma MIÑAMBRES PUIG, la estabilidad “ha conducido, por un lado, a que en caso de duda en cuanto al sentido y alcance de la norma aplicable, ésta se interprete de la forma más favorable para el mantenimiento del trabajador en su puesto de trabajo; y, por otro, que en caso de incertidumbre respecto de cuál es la norma aplicable entre varias posibles, lo sea siempre aquella que conceda mayores ventajas o derechos al trabajador respecto de la continuidad de la relación laboral”<sup>21</sup>.

Con anterioridad, se ha puesto de manifiesto el paralelismo existente en la configuración del principio de estabilidad en el empleo en el Derecho laboral y el principio de conservación del negocio jurídico en el Derecho común. A pesar de ello, teniendo en cuenta que, por un lado, en el Derecho del Trabajo no existe una consolidación positiva de este principio hermenéutico (como sucede en el Derecho civil - art. 1284 CC) y, por otro, la intensidad con la que esta rama del ordenamiento ha positivizado sus diversas manifestaciones, puede concluirse que su importancia como canon interpretativo en el sistema jurídico laboral es menor (a diferencia de lo que sucede en el Derecho común). En efecto, el hecho de que el Derecho del Trabajo prevea con suma exhaustividad los riesgos que potencialmente pueden privar al contrato (o a alguna de sus cláusulas) de efectos, ha reducido el papel del principio de

---

<sup>17</sup> En contra, se afirma que “es difícil aceptar que haya llegado el fin de un principio inexistente, por lo que quizá la estabilidad sea hoy un fin a alcanzar más que un principio a aplicar”. LÓPEZ CUMBRE. *El principio de estabilidad en el empleo, op. cit.*, p. 336.

<sup>18</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores, op. cit.*, p. 46 y 47.

<sup>19</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores, op. cit.*, p. 47.

<sup>20</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 31.

<sup>21</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores, op. cit.*, p. 47.

estabilidad como instrumento interpretativo. En definitiva, la regulación positiva copa la mayor parte del espectro en el que podría operar hermenéuticamente.

De hecho, si bien es común que los órganos jurisdiccionales laborales hagan referencia al principio de estabilidad, normalmente se emplea, bien, como una cláusula de estilo, para referirse genéricamente al interés del Derecho del Trabajo por la conservación del negocio jurídico<sup>22</sup>; o bien, como un elemento argumentativo para corroborar la aplicación de uno de los institutos jurídicos que implícitamente lo recogen<sup>23</sup>; cuando no lo vinculan a la contratación temporal<sup>24</sup>. Siendo escasas las ocasiones en las que se emplea como verdadero principio hermenéutico<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SSTSJ Asturias 19 de enero 2007 (JUR 220391); Castilla y León (Burgos) 23 de noviembre 2006 (AS 2007\381); Extremadura 7 de junio 2004 (AS 1632); Comunidad Valenciana 11 de julio 2002 (JUR 155744); Cataluña 2 de julio 2002 (AS 2809); Andalucía (Málaga) 15 de junio y 23 de diciembre 2001 (AS 3837 y JUR 2002\91043).

<sup>23</sup> Circunstancia que es especialmente visible en los supuestos de subrogación empresarial, como lo atestigua las sentencias que se citan, entre muchas otras: SSTSJ Aragón 21 de marzo 2007 (JUR 235894); Asturias 10 de noviembre 2006 (JUR 2007\224238); Cataluña 20 de junio 2006 (AS 2007\815); La Rioja 17 de mayo 2006 (AS 2233); Castilla y León (Valladolid) 13 de junio 2005 (AS 2039); Castilla La Mancha 2 de junio 2005 (AS 1232); Cataluña 8 de febrero 2005 (AS 659); Murcia 15 de noviembre 2005 (JUR 209215); Cataluña 21 de octubre 2004 (JUR 313766); Cantabria 23 de abril 2004 (JUR 151123); Andalucía (Málaga) 19 de marzo 2003 (AS 1527); Cataluña 28 de noviembre 2002 (AS 4122).

<sup>24</sup> STS 5 de abril 2003 (RJ 4973); SSTSJ País Vasco 7 de noviembre 2006 (AS 2007\936); Cantabria 6 de septiembre 2006 (AS 2633); Canarias (Las Palmas) 15 de marzo 2005 (AS 777); Galicia 2 de mayo 2003 (AS 3573); Comunidad Valenciana 8 de mayo, 12 de noviembre y 10 de diciembre 2002 (JUR 2003\57194, 207344 y 207943); Canarias (Tenerife) 22 de julio 2002 (JUR 246750).

<sup>25</sup> Por ejemplo, STS la 15 de septiembre de 1986 (RJ 4973) declara que “es contrario al principio de estabilidad en el empleo señalar un período de prueba en un contrato ya iniciado”. Criterio seguido por la doctrina judicial. Entre otras, STSJ Castilla y León (Burgos) 22 de marzo 2004 (AS 2036); Extremadura 29 de octubre 2002 (JUR 2003\12802). Y en la STSJ Castilla La Mancha 14 de octubre 2005 (AS 3255), se declara que “si bien el contrato de interinidad por vacante se extingue al producirse la ocupación en propiedad de la plaza por la persona que hubiese resultado adjudicataria de la misma en el correspondiente procedimiento reglamentario previsto al efecto, sin embargo de ello no puede derivarse la procedencia del cese de un interino cuando se proceda a la cobertura en propiedad de una plaza por su legítimo titular y exista otra plaza idéntica a la ocupada interinamente que ya se encuentre vacante, puesto que en tal situación no cabe duda que, por pura lógica y sobre todo en aras al principio de estabilidad en el empleo, se impone la cobertura, en primer lugar de esa plaza vacante”. También se ha empleado para justificar una interpretación restrictiva de las causas resolutorias previstas en el art. 50 TRET. STSJ Madrid 5 de abril 2002 (JUR 164239). Así como para interpretar restrictivamente las causas de despido. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de junio 2001 (AS 3835). El principio de estabilidad también se ha empleado como argumento para flexibilizar la exigencia de una estricta conservación de las condiciones anteriores a la extinción en un supuesto de readmisión. STSJ País Vasco 11 de abril 2003 (AS 2632). También ha jugado un cierto papel a la hora de delimitar la continuidad o no de la actividad empresarial en los supuestos de extinción del contrato por imposibilidad objetiva del empresario persona física. Entre otras (*vid.* al respecto *infra*) STS 25 abril 2000 (RJ 4252); y también a la hora de determinar el momento a partir del cual debe estimarse que el contrato queda extinguido por incapacidad permanente del trabajador con reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social Ente otras (*vid.* al respecto *infra*) STS 12 de julio 1988 (RJ 5808). Por otra parte, la STSJ Canarias (Tenerife) 15 de noviembre 2001 (AS 2002\116), recurre al principio de estabilidad en el empleo para justificar que se ha producido de un despido improcedente, en un supuesto en el que una empresa se niega a volver a contratar a una trabajadora, cuya contratación estaba sujeta al otorgamiento de una subvención (por lo que no podía calificarse como un contrato fijo discontinuo), pese a percibirla y pese a haberlo hecho sin solución de continuidad desde hacía mucho tiempo. También se ha empleado para quitar eficacia liberatoria a los finiquitos que formalicen una resolución contractual fundada en una causa ilícita o encubridora de un fraude de ley. Entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 8 de junio 1999 (AS 4849). En otras ocasiones, el principio de estabilidad en el empleo se ha utilizado como argumento para admitir la validez de un documento a efectos procesales; como, por ejemplo, un acta notarial. STSJ Aragón 23 de marzo 2005 (JUR 103188). También ha jugado un papel esencial en el régimen jurídico de la huelga, al condicionarse el despido del trabajador a su participación activa en huelga ilegal, de modo que la participación pasiva comporta la suspensión de la relación de trabajo (*vid.* al respecto *infra*).

No obstante, este “reducido” espacio de juego del principio de estabilidad como canon hermenéutico, no debería interpretarse como una evidencia de la debilidad de la vigencia de la conservación del negocio jurídico como idea inspiradora de la legislación laboral, sino de la fortaleza con la que está recogido en los textos positivos. Lo que sin duda, es una medida de garantía del objetivo que se ha propuesto el Legislador, dado que, asegura la aplicación de su criterio, soslayando los “peligros” que para su aplicabilidad supone dejar su concreción a un tercero.

En lo relativo a la *función integradora* del principio de estabilidad, al igual que con lo apuntado con la función interpretativa, su ámbito de juego es reducido<sup>26</sup>. Característica que es consecuencia directa de la propia estructura del Derecho del Trabajo, porque, junto con la alta densidad normativa de esta rama del derecho en lo relativo a la conservación del negocio jurídico, se le añade las facultades normativas atribuidas a la autonomía colectiva, así como el papel que la costumbre profesional y los usos de empresa juegan en la integración de las lagunas legales del ordenamiento laboral<sup>27</sup>.

Finalmente, en cuanto a la *función constructiva*, también puede afirmarse que el principio de estabilidad en el empleo ha contribuido a levantar una parte sustancial de la elaboración doctrinal del Derecho del Trabajo. Idea sobre la que existe un consenso generalizado en la cultura jurídica actual<sup>28</sup>. Aunque, paradójicamente, haya sido la doctrina laboral la que más ha contribuido a proclamar su defunción anticipada<sup>29</sup>.

En definitiva, por tanto, puede concluirse que la estabilidad en el empleo opera en el ordenamiento jurídico-laboral como un verdadero principio jurídico.

---

<sup>26</sup> En relación a la integración del contrato de trabajo *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 195 y ss.

<sup>27</sup> MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, *op. cit.*, p. 48; y ALARCÓN CARACUEL. *La vigencia del principio ‘pro operario’*, *op. cit.*, p. 865.

<sup>28</sup> ALARCÓN CARACUEL. *La vigencia del principio ‘pro operario’*, *op. cit.*, p. 865 y 866.

<sup>29</sup> No obstante, la doctrina no es pacífica al respecto. Un sector considera que la fijación del principio de estabilidad en el empleo es obra de la doctrina en mayor medida que el ordenamiento y que “no pasa de ser una tendencia del ordenamiento a asegurar la continuidad en el puesto de trabajo, si el desarrollo de la relación es normal, pero que decae ante cualquier hecho ‘concluyente’”; de modo que no pueden elevarse a la categoría de principio, pues, “es consecuencia de ciertas particularidades en la aplicación de las normas”. GARCÍA FERNÁNDEZ. *La formación del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 21 y 22.

***B.- La conformación de la estabilidad en el empleo como ‘principio’ vertebrador del Derecho del Trabajo español: del régimen liberal al sistema democrático de relaciones laborales – nacimiento y consolidación de un ‘principio’.***

Una vez hemos comprobado que el principio de estabilidad en el empleo cumple con la cuádruple función que, desde un punto de vista doctrinal, se exige a todo “principio” para tener la consideración de tal, debemos tratar de precisar su contenido. Como se ha tratado de justificar, la evolución histórica del ‘principio de estabilidad en el empleo’ se erige en un enfoque analítico idóneo para comprender su conceptualización y significado, especialmente, si se acepta su variabilidad en el tiempo.

En este sentido, su evolución puede diseccionarse, a grandes rasgos, en dos etapas bien diferenciadas. La primera, se refiere al estadio previo, esto es, al momento en el que la necesidad de preservar el empleo sigue estrechamente apegada al principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común y a los riesgos que la lógica liberal trata de evitar (principalmente, la estabilidad contractual). De todos modos, en esta etapa también pueden identificarse tenues manifestaciones jurídico-positivas que, al tratar de dar respuesta a ciertos riesgos político-sociales (y con un propósito pseudo-humanitario o asistencial), contribuyen a dar continuidad al trabajo por cuenta ajena (como por ejemplo, la suspensión por maternidad o por incapacidad temporal). A lo largo de este período, es importante tener en cuenta que, aunque no existen dudas acerca de los efectos perniciosos del desempleo, no se percibe que deban ser combatidos mediante las herramientas que ofrece la Teoría general de los contratos y las obligaciones. No obstante, a pesar de lo que pudiera extraerse de lo expuesto, conviene tener presente que el alcance de esta etapa en la conformación de este principio es de una intensidad extraordinaria.

La segunda (y, por el momento, última) etapa hace referencia al momento en el que este principio se consolida como una manifestación privilegiada del *favor negotii*. Fase cuyo inicio coincide con el período republicano y que se prolonga hasta nuestros días. Este período se caracteriza porque la idea de la estabilidad en el empleo pasa a convertirse en uno de los elementos vertebradores fundamentales de una rama del ordenamiento jurídico, abandonando por completo su carácter ‘anecdótico’ y mostrándose en su máxima expresión como ‘principio’. Desde este instante, se evidencia el perfeccionamiento de un cambio de paradigma, pues, la sociedad asume que la continuidad del contrato de trabajo es una prioridad a la que imperativamente debe tratar de dar respuesta el Derecho a través de los planteamientos de la Teoría General de los contratos y de las obligaciones. Y, desde entonces, no cabe duda que el Derecho del Trabajo ha gravitado esencialmente entorno a esta idea, actuando como una

constante invariable y principal inspiradora de múltiples cambios legislativos. Sin que, por tanto, desde la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, puedan identificarse cambios substanciales al respecto.

Aceptada esta premisa, en tanto que la continuidad deseada puede verse amenazada por múltiples y heterogéneos factores, la evolución histórica (ahora sólo avanzada) nos muestra que el interés queda desplazado a otro nivel. En efecto, a partir de este instante, *la cuestión primordial a discutir* en este nuevo estadio se reconduce sintéticamente a la respuesta de *tres cuestiones: elección del riesgo al que se quiere hacer frente, la intensidad con la que se quiere proteger el contrato frente a él y, en consonancia, cuál es el instrumento jurídico más adecuado para ello.*

De tal modo que, desde la finalización de la Dictadura de Primo de Rivera, una vez se ha aceptado que la conservación del negocio jurídico es un *bien jurídico-público* necesitado de tutela, la evolución de la legislación laboral puede resumirse como una sucesión de cambios normativos dirigidos a protegerla frente a determinadas y cambiantes contingencias, con una intensidad variable (según las circunstancias histórico-sociales). Circunstancia, conviene advertir, especialmente relevante si se acepta que la evolución del concepto ‘principio de estabilidad en el empleo’ a lo largo de la Historia del Derecho del Trabajo español está directamente relacionada con los riesgos que en cada momento se han querido evitar y la intensidad con la que se ha aspirado a prevenirlos.

Llegados a este estadio, puede afirmarse que la conformación del significado de la expresión ‘principio de estabilidad en el empleo’ se ha efectuado en dos momentos (o procesos) diferenciados: el primero se inicia en 1931; y el punto de partida del segundo es la Transición democrática y la aprobación de la Constitución española en 1978.

Repárese que, en un primer nivel de análisis, la existencia de estos procesos diferenciados desvela varias cuestiones que deben resaltarse. Primero, el carácter dinámico de este principio. Por otra parte, que su aparición ha sido progresiva, produciéndose un lento solapamiento de cada uno de estos procesos a lo largo de la secuencia histórica o, en términos de GARCÍA MURCIA, dando lugar a su construcción “aluvional”. Y, finalmente, de aceptarse el planteamiento que se expone, se confirmaría que se trata de un principio que no está muerto.

1.- El punto de partida del primer “hito” (o proceso) anunciado son la LCT<sup>31</sup> y la Ley de Jurados Mixtos de 1931 (en adelante, LJM<sup>31</sup>). Teniendo siempre presente que la consecuencia que se pretende evitar es que el trabajador se quede sin sustento (por perder el empleo), la legislación republicana articula una serie de medidas para prevenir los fenómenos (riesgos) que pueden propiciar esta situación. Así, sin apartarse de los planteamientos del Derecho común, o mejor dicho, tomándolos como punto de partida y adaptándolos a las características del contrato de trabajo y del objetivo a alcanzar, se fortalecen las medidas legales para evitar ciertas situaciones que provocan la invalidez del contrato; también se alteran los

efectos jurídicos prototípicos de determinados cambios objetivos y subjetivos en el contrato y se postergan o se restringen los efectos extintivos de ciertos hechos imposibilitantes e incumplimientos imputables. Todas estas medidas legales tienen en común que son una respuesta preventiva a una determinada contingencia que puede amenazar a la continuidad del negocio jurídico. De todos modos, de lo expuesto, no debería extraerse la conclusión de que todas estas medidas legales de protección del empleo genéricamente enunciadas sólo responden a este objetivo, pues, en la conformación de algunas de ellas se entremezclan planteamientos pseudo-humanitarios (o de previsión social) y político-administrativos. En cualquier caso, en una visión de conjunto (y, por ende, simplificadora) podemos entender que con este conjunto de medidas, la legislación laboral da una respuesta (atendiendo a las particularidades del contrato de trabajo) a los riesgos que *comúnmente* (o por lo general) pueden amenazar a cualquier negocio jurídico.

Sin duda, el mérito de la legislación republicana es que, además de identificar la mayor parte de los riesgos que pueden poner en peligro la continuidad del contrato de trabajo (al menos, reiteramos, en una conceptualización extensa), crea también la mayor parte de los institutos jurídico-positivos para evitarlos. Hasta el extremo que, a partir de entonces, las diferencias legislativas posteriores van a responder esencialmente a una cuestión de *intensidad* con la que se quiere proteger el empleo frente a estos riesgos, sin que se hayan creado nuevos mecanismos jurídico-positivos para evitarlos ni, incluso, se hayan alterado *excesivamente* los empleados a lo largo de la II República<sup>30</sup>.

No obstante, la veracidad de esta proposición recién anunciada se cumple salvo en lo relativo a una tipología de riesgo que destaca de un modo particular y que, por ello, describe mayormente este primer proceso. En concreto, nos estamos refiriendo a la inestabilidad que tiene su origen en las fluctuaciones económicas. Cuya particularidad (en comparación con el resto de riesgos) reside en su potencial capacidad para destruir empleo. Fenómeno que, desde los parámetros de la estructura del contrato, se manifiesta como un desequilibrio sobrevenido (que excede del *alea* normal previsto y) que afecta a la causa del contrato, traducéndose, bien, en la configuración de diversas medidas legales posibles frente a niveles de desequilibrio diversos; o bien, ante los problemas técnico-legislativos para poder describir dicho desequilibrio con precisión, en la búsqueda de un sistema de extinción injustificada del contrato que alcance el nivel de estabilidad que socialmente se estime como adecuado.

El alcance de esta fuente de inestabilidad (y de las medidas dirigidas para prevenirla) es esencial a la hora de delimitar el contenido de este principio; dado que, desde 1931 (y, muy especialmente, a partir de 1935), se va a erigir en el principal factor precipitante (y denominador

---

<sup>30</sup> Aseveración que no se contradice con el hecho de que, a consecuencia del perfeccionamiento de la técnica legislativa, progresivamente se vaya delimitando los contornos de la contingencia – como sucede, por ejemplo, con el régimen jurídico de la incapacidad temporal.

común) de los sucesivos cambios legales que se producirán en el futuro (especialmente, por la crónica incapacidad de dar una respuesta legal satisfactoria a los conflictos que plantea esta contingencia). Efectivamente, desde este instante, los principales esfuerzos del Legislador se centrarán en hallar (sin éxito) una respuesta adecuada a las múltiples formas en las que puede manifestarse esta fuente de inestabilidad. Hasta el extremo que se consolida una intensa vinculación entre el principio de estabilidad en el empleo y los desequilibrios derivados de la marcha de la economía. Operando a modo de “correa de transmisión”; pudiéndose afirmar que, desde este momento y durante décadas, sobre la base de la errónea convicción de la naturaleza coyuntural del desequilibrio que sacude a la economía española, el principio de estabilidad gravitará principalmente entorno a la matriz económica, de modo que los principales cambios normativos no serán más que el intento de dar respuesta a los sucesivos vaivenes que la sacuden.

2.- Ahora bien, en paralelo a este proceso descrito, a medida que se suceden los años, convergen otros factores que impulsan al Legislador a proteger el empleo frente a nuevas fuentes de inestabilidad (dando lugar al segundo proceso anunciado). Al finalizar la Dictadura, en la apertura hacia los principios y valores de una sociedad democrática, se evidencia la necesidad de proteger la continuidad en el empleo frente a ciertos riesgos que emergen con el reconocimiento de los derechos y libertades democráticas (“censurados” durante la dictadura). Lo que, con la promulgación de la Constitución en 1978, quedará integrado como una manifestación más de las medidas de protección de los derechos fundamentales. Si bien es cierto que el primer precedente se encuentra en la legislación republicana (al declarar la readmisión obligatoria de los trabajadores despedidos por motivos políticos<sup>31</sup>), se trata de un riesgo que se manifiesta con toda su intensidad en el instante en el que, en contra de la inercia de la Dictadura, se decide reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos (y se asume que el trabajador no deja de ser un “ciudadano en la empresa”<sup>32</sup>); y, en consecuencia, se articula un sofisticado entramado jurídico con el propósito de ofrecer una protección efectiva frente a potenciales agresiones. En cualquier caso, repárese que, de nuevo, entre la legislación republicana y el modelo legal vigente se produce una coincidencia en la identificación del riesgo a evitar y (prácticamente) en el instrumento jurídico-positivo para prevenirlo. Además, como una derivación del reconocimiento de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta que, de forma lenta pero progresiva, se ha desarrollado un proceso en el que (por múltiples razones) se ha decidido incrementar la protección del empleo frente a varias contingencias de naturaleza heterogénea, que se traducen en el riesgo a que el trabajador abandone o desista del contrato de

---

<sup>31</sup> El Decreto 29 de febrero 1936 (Gaceta 1 de marzo) proclama la readmisión forzosa de los trabajadores que hayan sido despedidos por sus ideas, o con motivo de huelgas políticas.

<sup>32</sup> STC nº 88, 19 de julio 1988 (RTC 88).

trabajo. A grandes rasgos, por un lado, se ha decidido salvaguardar el empleo frente a los riesgos derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral; y, por otro lado, se ha optado por dar cobertura a la inestabilidad contractual originada por la violencia de género. El incremento de la esfera de protección que estos cambios legislativos han supuesto denotan unas consecuencias teórico-jurídicas de indudable alcance, como se ha anunciado más arriba, y que exigen un análisis detallado (como se desarrollará con posterioridad).

Pues bien, hecha esta aproximación, a continuación, se procederá al desarrollo y justificación de esta hipótesis brevemente anunciada. De cara a la claridad expositiva, conviene advertir que la exposición que sigue, sin ceñirse a un criterio estrictamente cronológico y apartándose sensiblemente del esquema descrito, se divide en cuatro apartados, referidos respectivamente a las siguientes etapas o fenómenos jurídico-políticos: el período liberal descrito (I.-); la etapa republicana (II.-); al período comprendido entre el fin de la guerra civil hasta la legislación vigente (III.-); y, finalmente, el reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales con la promulgación de la Constitución española en 1978 (y IV.-).

### ***I.- La lógica liberal y primeras manifestaciones jurídicas dirigidas a la conservación del negocio jurídico en las relaciones de trabajo.***

El principio de estabilidad en el empleo es, como se ha apuntado, una derivación del principio de conservación del negocio jurídico. Aseveración que, más allá de la cuestión relativa a su concreta *filiación*, resulta de extraordinario alcance por cuanto que desvela un aspecto muy relevante: el principio de estabilidad en el empleo tiene su origen en los postulados de la propia lógica contractual liberal; especialmente, en todo aquello relativo a una de sus manifestaciones más importantes: la resolución contractual y la exigencia de una justa causa.

Por este motivo, debe tenerse siempre presente que, en lo que a la estabilidad en el empleo se refiere, la proximidad entre el Derecho común y el Derecho del Trabajo es mucho mayor de la que normalmente se acostumbra a destacar. De hecho, aunque pueda resultar paradójico, la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo tal y como hoy se concibe, no sería posible si no se toma como punto de partida ciertos parámetros conceptuales estrictamente liberales.

La obsesión de la legislación liberal es garantizar la libertad individual, el respeto de la autonomía privada y preservar la *estabilidad contractual* (esto es, lo pactado). Por lo que, desde esta perspectiva, es lógico que se traten de prevenir los riesgos que amenazan a estos fines. Por su parte, uno de los fines principales del Derecho del Trabajo es garantizar la subsistencia biológica del trabajador a través de la continuidad del contrato de trabajo. A pesar de la



separación conceptual que media entre estos dos planteamientos, no puede sostenerse la inexistencia de puntos de contacto entre ambos e, incluso, importantes espacios de intersección. Efectivamente, paralelamente a las (tímidas) reformas legislativas de carácter social (o asistencial) que se suceden durante los primeros años del Siglo XX (y que se erigen en el precedente remoto de alguna de las manifestaciones más importantes del *favor negotii*), lo interesante es identificar los elementos de la lógica liberal hoy presentes en el entramado conceptual básico del principio de estabilidad en el empleo. Conexiones que son especialmente visibles, pese a participar por completo de los postulados decimonónicos, en el conocido Decreto 22 de julio 1928 que reforma el sistema de organización corporativa y, que dada su importancia, será analizado separadamente.

No obstante, antes de proceder al análisis de los factores o parámetros que posibilitan la interrelación (o tránsito) entre estas dos formas de entender las relaciones contractuales por cuenta ajena tan dispares, conviene detenerse, siquiera brevemente, en describir la matriz jurídico-política sobre la que se asienta la lógica liberal y analizar su metamorfosis hasta describir un escenario en el que el *favor negotii* asumirá un papel central.

Este “universo” jurídico-conceptual, “virgen” de toda connotación vinculada a la *cuestión social* y, por supuesto, a la estabilidad en el empleo, viene caracterizado por tres vectores: *provisionalidad del vínculo contractual*, *sistema de responsabilidad por culpa en la extinción del contrato* y, finalmente, la *convicción del carácter irresoluble del problema del desempleo*. Aspectos, cuya impronta en la conformación de la conceptualización de la idea de estabilidad va a tener una prolongada proyección en el tiempo. Lo que, en aras a comprender la exégesis del principio de estabilidad en el empleo, aconseja su análisis pormenorizado.

### ***1.- Premisa de partida: provisionalidad del vínculo como paradigma de las relaciones contractuales, extinción del contrato y el sistema de responsabilidad por culpa y el desempleo como problema irresoluble.***

i.- El principio de *laisser-faire*, que inspiró toda la codificación liberal, como es bien conocido, permeó profundamente en la regulación de las relaciones de trabajo por cuenta ajena. Frente a una concepción del trabajo sumergida en un vínculo de dominación personal y sometimiento forzoso, la revolución liberal promulgó la libertad de todo hombre a disponer de su actividad<sup>33</sup>. En este contexto, al igual que cualquier otro bien, la fuerza de trabajo tiene su propio mercado y, por ello, debe ser dejado a su libre curso para la consecución del resultado

---

<sup>33</sup> Sobre la prestación de servicios durante *l’Ancien Regime*, vid. GIBERT. *El contrato de servicios en el Derecho Medieval Español*. RPS nº 101, 1974; y NÚÑEZ-SAMPER. *Evolución del despido sin causa*, op. cit.

óptimo o más eficiente. La regulación del trabajo conforme a este postulado supone la asunción del segundo de los principios fundamentales del sistema liberal decimonónico, en virtud del cual, no existe fijación de condiciones contractuales que se impongan a la voluntad de los contratantes. Así, sobre la base de este vector axiomático, libertad y autonomía de la voluntad de las partes, las relaciones de trabajo por cuenta ajena deben desarrollarse en función de los siguientes parámetros: igualdad de los contratantes, abstencionismo normativo del Estado y entendimiento directo de los individuos en el mercado sin interferencias colectivas<sup>34</sup>.

Postulados no sólo presentes en el Código Civil – en adelante, CC - (a.-), sino que también vertebrarán las relaciones de trabajo según lo previsto en el Código de Trabajo de 1926 – en adelante, CT'26 - (b.-).

a.- Con la promulgación del CC, la esclavitud y la servidumbre son sustituidas por el contrato civil de arrendamiento de servicios, figura contractual sobre la que se vertebra todo el modelo. El diseño del escenario jurídico del trabajo asalariado conforme a esta institución presupone que, en primer lugar, la obligación de trabajar deriva de un acuerdo voluntario libremente asumido por el trabajador<sup>35</sup>. En segundo lugar, la prohibición del trabajo de por vida, reconocida en el artículo 1583 CC<sup>36</sup>, supone un paso más en la consecución de la liberalización de la fuerza de trabajo y el reconocimiento del principio, según el cual “no cabe vincular la libertad personal más allá de límites tolerables”<sup>37</sup>. Y, en tercer lugar, derivado de lo anterior, por un lado, se acepta el desistimiento en los contratos de duración indefinida; y, por otro, como se analizará a continuación, la desvinculación en la prestación de duración determinada está sujeta a mayores restricciones.

En relación con la regulación de las relaciones por cuenta ajena, no deja de sorprender como, en una codificación tan tardía como la española, el planteamiento liberal individualista se convirtiera en el postulado fundamental de las relaciones de trabajo<sup>38</sup>. De todos modos, como

---

<sup>34</sup> Cfr. **MARTÍN VALVERDE**. *La formación del Derecho del Trabajo en España*. En “La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal al 1936”. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1987, p. XXXII a XXXIV. Un análisis exhaustivo del principio de la autonomía privada en, **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 22 y ss.

<sup>35</sup> De este modo, la atribución de los frutos del trabajo queda al margen de una relación de sujeción o sometimiento y la determinación de las condiciones de trabajo (especialmente el salario) son objeto de negociación entre los contratantes.

<sup>36</sup> Este principio emana de la idea de que el hombre no puede venderse ni ser vendido y que tiene su origen en el artículo 1780 del Código de Napoleón, en el que sólo se permite el arrendamiento temporal de los servicios de los obreros y criados. El precepto trata de impedir que el trabajador, comprometiéndose de por vida, acabe renunciando a su libertad y se constituya una forma de esclavitud o servidumbre personal. **SCAEVOLA**. *Código Civil*. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664. Revisada por Lino RODRÍGUEZ ARIAS. Editorial Reus. Madrid, 1951, p. 36 y 37, y **SOSA MANCHA**. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*. Civitas. Madrid, 2002. Lo cual no impide que se celebren contratos sin definir el tiempo de duración del servicio, siempre y cuando se garantice al hombre “la conservación de la facultad de resolver el vínculo cuando a bien lo tenga”. **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, Vol. I, Editorial Reus. Madrid, 1927, p. 231.

<sup>37</sup> **LACRUZ BERDEJO**. *Derecho de Obligaciones*. Vol. II: *Contratos y cuasicontratos; Delito y cuasi delito. Elementos de Derecho Civil*, II. Bosch. Barcelona, 1995, p. 220.

<sup>38</sup> Como apunta GALLART Y FOLCH la concepción individualista de las relaciones de trabajo estaba siendo objeto de revisión con anterioridad a la promulgación del texto del Código Civil, mediante una Comisión creada en el año

no podía ser de otro modo, el transcurso del tiempo no tardó en mostrar como, bajo la apariencia de abstracción y generalidad, el aparente equilibrio que emanaba del derecho sustantivo se traduciría en un tratamiento normativo claramente desfavorable a los intereses de los trabajadores. Los preceptos del CC sobre el contrato de arrendamiento de servicios eran manifiestamente insuficientes para responder a la realidad social y económica del momento<sup>39</sup>. En efecto, el art. 1586 es el único precepto que el CC destina específicamente a la regulación de la prestación de servicios por cuenta ajena<sup>40</sup>. Si se advierte que el resto de preceptos se refieren o bien a cuestiones muy generales del arrendamiento de servicios (arts. 1583 y 1587 CC) o bien al servicio doméstico (arts. 1584 y 1585 CC), parece obvio que la motivación que subyace en la voluntad del Legislador está muy alejada de los intereses de los trabajadores<sup>41</sup>.

Así, desde el inicio, los “criados de labraza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados” están destinados a padecer las consecuencias de una regulación fragmentaria e incompleta, traduciéndose en una deshumanización salvaje de las relaciones laborales<sup>42</sup>. En sustancia, como se ha apuntado, el tratamiento jurídico del conflicto de intereses entre patronos y trabajadores, inspirado en el principio de neutralidad del Estado, “no hacía otra cosa que mantener intacta la correlación de fuerzas en el mercado de trabajo, lo que suponía la consagración del predominio patronal”<sup>43</sup>. Bajo la apariencia de la libertad de contratación, las relaciones de trabajo se desenvuelven a través de contratos de adhesión, en virtud de los cuales, la negociación se reduce a la mera aceptación o rechazo de las condiciones de trabajo impuestas unilateralmente por el empresario.

---

1883 para el estudio de los problemas derivados de las relaciones de trabajo (“Comisión para el estudio de las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto industriales como agrícolas y que afectan a las relaciones entre capital y el trabajo”), que será el germen de la Comisión de Reformas Sociales. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*. Editorial Labor. Barcelona, 1936, p. 37. El carácter anacrónico de las normas civiles podría explicarse si tenemos en cuenta que la regulación contenida en los art. 1583 y ss del Código Civil de 1889, están esencialmente inspirados en lo establecido en el proyecto de 1851.

<sup>39</sup> Cuestión que fue criticada por la doctrina: *vid.* entre otros, **SCAEVOLA**. *Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664, op. cit.*, p. 35; y **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo, op. cit.*, p. 50. Además, resulta chocante que, junto a este raquitismo normativo, se utilicen términos como “amo” y “criado” que, al margen de su anacronismo, llevan implícita una carga peyorativa considerable.

<sup>40</sup> La doctrina criticó duramente la redacción del art. 1586 CC dado que no recoge los dos supuestos sino una fórmula mucho más compleja de “por cierto término para cierta obra” por lo que se entiende que debía intercarse una conjunción “o”. *Vid.* **SCAEVOLA**. *Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664, op. cit.*, p. 53. En el mismo sentido, **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo X. Reus, 5ª Edición. Madrid, 1950, p. 909 y 910. Además, se confunden todas las causas de extinción de la relación, denominándolas a todas ellas “despido” (art. 1583 CC). *Cfr.* **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Concepto técnico-jurídico del despido, op. cit.*, p. 123.

<sup>41</sup> En este sentido, resulta sumamente interesante el fragmento que **GALLART Y FOLCH** transcribe del CONDE DE ROMANONES, en la que trata de justificar las omisiones del Código Civil respecto del trabajo asalariado afirmando que “no podía hacer otra cosa que registrar una modalidad y autorizarla como medio legal para que los capacitados para prestar un servicio personal pudieran realizarlo, en beneficio de otro, mediante un salario” y dejar que futuras reglamentaciones especificaran tales lagunas normativas. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo, op. cit.*, p. 50.

<sup>42</sup> “Frente a la constatación aplastante de la proletarización miserable de las masas humanas explotadas, los principios jurídicos de igualdad y de responsabilidad sólo podían ser unas monstruosas ficciones que no tenían otro objeto que ocultar la opresión que padecía la mayor parte de la población”. **SUPIOT**. *Crítica del Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 220.

<sup>43</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *La formación del Derecho del Trabajo en España, op. cit.*, p. XLVI.

En cambio, resulta chocante el tratamiento *privilegiado* que opera, por un lado, en el ámbito mercantil, con los denominados auxiliares del comerciante; y, por otro, la especial atención que presta el CC al servicio doméstico. En el océano de silencio normativo en el que se desarrolla el trabajo por cuenta ajena, la configuración de estatutos jurídicos diferenciados para dos colectivos tan heterogéneos no deja de ser sorprendente<sup>44</sup>.

Sea como fuere, desde la perspectiva de lo que será el Derecho del Trabajo y del principio de estabilidad en el empleo, es un hecho relevante, porque subyace la idea de que el sistema jurídico común no es válido para determinados colectivos y, por lo tanto, es precisa una regulación adaptada a sus necesidades. Actuación que, en un contexto de absoluta abstención normativa, abre una (fina, casi imperceptible) brecha en el armazón liberal.

b.- Desde una perspectiva teleológica y a pesar de la separación en el tiempo, el CT'26 parte de la misma raíz que el CC (1889), nutriéndose por lo tanto de los mismos postulados teóricos. De hecho, puede afirmarse que, desde 1889, la regulación de la extinción del contrato permanece prácticamente inalterada hasta 1931, salvo pequeños matices. Circunstancia sintomática del escaso desarrollo industrial español, y especialmente, del retraso en la recepción y asimilación de las concepciones ideológicas aparejadas a la Revolución Industrial, especialmente las vinculadas a la “cuestión social”. Si bien es cierto que, a medida que el principio de *in dubio pro operario* iba asentándose progresivamente en todas las esferas de la vida social, el derecho sustantivo fue recogiendo (a trompicones) esta sensibilidad y lentamente fue alejándose del tratamiento normativo decimonónico, en lo concerniente a la protección del empleo, las reminiscencias del pasado seguían latentes en la mentalidad de los legisladores. Así, la ordenación y sistematización que supuso el CT'26, lejos de impulsar los cambios normativos que la sociedad requería, se mantuvo apegada a la ideología liberal, muy superada, en cambio, en el Derecho comparado<sup>45</sup>. Si bien es cierto que se introdujeron algunas innovaciones<sup>46</sup>, en

---

<sup>44</sup> A propósito, la doctrina ha entendido que este trato jurídico específico se debe a la existencia de un cierto deber moral que compelió al Legislador a ofrecer mayor protección a aquellos trabajadores con los que existe un vínculo de afecto más intenso. **BORRAJO DACRUZ**. *Los auxiliares del comerciante en derecho español*. RDM, nº 63-64, 1957, p. 246 a 248. **MANRESA**, por su parte, apunta que la distinción normativa surge como consecuencia de la existencia de una *relación de domesticidad* derivada del servicio que presta el trabajador con las personas de la familia del arrendatario con quien ordinariamente convive, recibiendo por ello, las más de las veces, alojamiento y alimentación. **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil Español*, *op. cit.*, p. 903. En el mismo sentido, STS 2 de julio 1925 (núm. 78). En cambio, en opinión de **MARTÍN VALVERDE**, el trato de favor que el ordenamiento jurídico dispensaba a los auxiliares del comerciante tenía el propósito de mantener a un determinado colectivo alejado de las luchas obreras, por pertenecer a un sector estratégico de los trabajadores. *Vid.* **MARTÍN VALVERDE**. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, *op. cit.*, p. XXXIV y XXXV.

<sup>45</sup> En este sentido, no deja de sorprender como, a pesar de que la Exposición de Motivos recoge extensamente los procesos de codificación de diversos Estados Europeos, no se utilizaran esas fuentes normativas para actualizar y modernizar el derecho positivo español. Si bien, como recoge **NÚÑEZ-SAMPER**, hubo autores que defendieron la parquedad del Código Civil, en lo relativo al contrato de trabajo, alegando que “en el momento de redactarse era ya tarde para mantener un espíritu individualista y demasiado prematuro para inspirarse en un sentido social que comenzaba a abrirse paso en otras legislaciones” y que el art. 1585 CC abría una puerta para la realización de una legislación especial en esta materia (**NÚÑEZ-SAMPER**. *Evolución del despido sin causa*. En “Estudios dedicados al Profesor García Oviedo”. Sevilla, 1954, p. 302), resulta sorprendente que, transcurridas cuatro décadas, se mantenga la misma concepción individualista en la regulación del contrato de trabajo.

cómputo global la regulación seguía arraigada a los principios de las obligaciones y los contratos comunes. Incluso, puede afirmarse que la codificación, lejos de instaurar el régimen jurídico del contrato de trabajo, reafirmó la validez del de los arrendamientos de servicios civil.

Lo que no deja de ser paradójico, pues desde la finalización de la I Guerra Mundial, y especialmente a partir la Dictadura de Primo de Rivera, el discurso del Legislador se hace eco repetidamente de la doctrina intervencionista, reclamando la “acción tutelar del Estado”. Aunque no conviene olvidar que, tal y como sintetiza MONTOYA MELGAR, la legislación social se concibe “primariamente como una serie de concesiones con las que se quiere poner freno al movimiento de reivindicaciones obreras y, paralelamente, como un escudo protector de la burguesía dirigente. El Derecho del Trabajo se presenta como tutelar del trabajador, y de modo inmediato así parece serlo y lo es de hecho, pero indirectamente la preocupación del poder público se dirige a otra meta: la preservación del orden burgués y de los intereses del “establecimiento” dominante”<sup>47</sup>. Circunstancias ilustrativas de lo que MARTÍN VALVERDE denomina “táctica del aplazamiento”, y que ha regido las actuaciones del Legislador español en las primeras décadas del siglo XX<sup>48</sup>. El abandono del tradicional *inbibicionismo* normativo del Estado liberal únicamente se precipita para “conjurar los peligros de una posible revolución”<sup>49</sup>. Es decir, los cauces legales no son una manifestación del gradual desenvolvimiento del Derecho Social, sino que son simples soluciones oportunistas, arbitradas por la jurisprudencia o bien por las leyes ante la presión de realidades irreprimibles. En definitiva, soluciones que pugnan intensamente con el espíritu y el sistema del Derecho liberal que impera. Por lo tanto, en la medida que el estímulo normativo viene definido por la intensidad de la amenaza del conflicto social, la tendencia del Legislador se centra fundamentalmente en tratar de “narcotizar” las reivindicaciones obreras, sin que ello suponga una alteración sustancial de la lógica imperante, esto es, un cambio de paradigma. En la medida de lo posible, se hacen concesiones, podría decirse “accesorias”, de modo que no suponen la renuncia al

---

<sup>46</sup> Por ejemplo, desde un punto de vista estrictamente terminológico, aunque no exento de connotaciones ideológicas, se sustituye la antigua denominación de “contrato de arrendamiento de servicios” por “contrato de trabajo”, lo que supone, al menos formalmente, la superación de concepciones anacrónicas. *Vid.* al respecto, recogiendo la opinión de JUSSELAND, GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>47</sup> MONTOYA MELGAR. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Civitas. Madrid, 1992, p. 103. En términos similares, PÉREZ LEÑERO. *La Codificación del trabajo*. En “Estudios dedicados al Profesor García Oviedo”. Sevilla, 1954, p. 103 y 104. Por su parte, la doctrina contemporánea (HOSTENCH) destaca que las reformas operadas en 1926 son la proyección de un contrato colectivo que pretende una “sistematización de orden económico que pone tregua a la lucha cuya precipitada agudización es preciso resolver para conjurar un caos social”. Además se afirma que “cada ley de protección para el de abajo arrancada, adquiere la forma de una cesión que hacen, conjuntamente, el capital y el poder público. Y ceder no es conceder; no es lo mismo que reconocer un pleno dominio de derecho, una soberanía social, una fuerza obligatoria que obedezca al Estatuto de las colectividades, cualquiera que sea el estamento o gremio social que las integre”. HOSTENCH. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*. Librería Bosch. Barcelona, 1929, p. 66.

<sup>48</sup> MARTÍN VALVERDE. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, *op. cit.*, p. CVIII. En términos similares, MONTALVO CORREA. *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Civitas. Madrid, 1975, p. 153 y ss.

<sup>49</sup> MONTOYA MELGAR. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 58.

mantenimiento de la estructura liberal. La regulación del régimen extintivo es una muestra palpable de ello, como se analizará a continuación.

La doctrina contemporánea fue extraordinariamente crítica con el resultado del CT'26<sup>50</sup>. De todos modos, recogiendo el juicio de DE LA VILLA, sería injusto desconocer la “trascendental importancia del CT'26, en el tránsito de la legislación obrera al derecho obrero”<sup>51</sup>. De hecho, el Legislador fue consciente de ello, pues en la Exposición de Motivos reitera el carácter incompleto del mismo<sup>52</sup>.

En cualquier caso, en términos técnico-jurídicos, destaca negativamente porque resulta menos preciso que los proyectos precedentes<sup>53</sup>. Resultado nada sorprendente si tiene presente que su proceso de elaboración fue extraordinariamente tortuoso y alambicado<sup>54</sup>. A pesar de que el CT'26 fue creado con el firme propósito de clarificar y ordenar el escenario jurídico, la existencia de numerosas deficiencias técnico-jurídicas ensombreció considerablemente la sistematización que se proponía. Deficiencias que repercutieron considerablemente, y de un modo negativo, en la protección de los intereses de los trabajadores (creando estatutos de protección diferenciados sobre la base de circunstancias meramente formales). De todos modos, a los efectos de la resolución del contrato, estas diferencias son más aparentes que reales, ya que, el CT'26 se limita a reproducir el sistema extintivo previsto en el CC.

ii.- A lo largo de todo este período de la Historia del Derecho Social, la responsabilidad empresarial se circunscribe a los incumplimientos imputables, quedando exonerado de todos aquellos que lo sean por circunstancias inimputables. Y, la resolución del contrato no era una excepción. Si bien es cierto que las posibilidades de prever y evitar estas contingencias son limitadas y que las posibilidades para adoptar medidas dirigidas a prevenir los riesgos a perder el empleo son reducidas, lo que se plantea en estas situaciones, como se analizará en la *Segunda Parte* de este estudio, es la cuestión relativa a la financiación de los costes derivados de la

---

<sup>50</sup> En este sentido, se recomienda la lectura, por resultar sumamente ilustrativa, de la demoleadora crítica efectuada por DE BUEN, en su estudio introductorio a la obra de ALARCÓN Y HORCAS. DE BUEN. *Prólogo* a la obra de ALARCÓN Y HORCAS. *Código del Trabajo*, op. cit., p. XII y XIII. En términos similares FERRER VALES. *Breve comentario al Código de Trabajo*. RGLJ, Tomo 150, 1927.

<sup>51</sup> DE LA VILLA GIL. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*. Comares. Granada, 2003, p. 187.

<sup>52</sup> Como se dice en el preámbulo, el Código de Trabajo “es parcial como sus congéneres”, y además deja vigentes “todos los textos del derecho obrero que le afecten o contradigan”. *Vid.* al respecto también, ALONSO GARCÍA. *La codificación del Derecho del Trabajo*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1957, p. 287. En opinión de MARTÍN VALVERDE, la entrada en vigor del CT'26 tuvo un valor simbólico superior al valor normativo, pues pretendía básicamente transmitir la consolidación de un conjunto normativo coherente y estable, en definitiva, el nacimiento del Derecho del Trabajo. MARTÍN VALVERDE. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, op. cit., p. LXXII y LXXIII.

<sup>53</sup> SOSA MANCHA. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, op. cit.; y DE LA VILLA GIL. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 188.

<sup>54</sup> El texto de los diversos proyectos anteriores al CT'26 pueden consultarse en el Anexo “Proyectos de Ley sobre contratos de trabajo, huelgas coligaciones, sindicación y participación en la empresa”. MARTÍN VALVERDE ET AL. “La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal al 1936”. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1987, p. 1109 y ss; *vid* también al respecto, DE LA VILLA. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1960, p. 63 a 75.

pérdida del empleo. En definitiva, a quién debe imputarse las consecuencias de la extinción del contrato. Lo que, sin duda, repercute a su vez en la protección del empleo.

A diferencia de los avances alcanzados en la regulación de la responsabilidad empresarial por accidente de trabajo, la responsabilidad objetiva o por riesgo aplicada a la extinción del contrato de trabajo es, por el momento, una quimera (que, como se sabe, no se reconocerá normativamente hasta el advenimiento de la II República). En el *interim*, los perjuicios derivados de la pérdida del empleo por hechos inimputables acabarán repercutiendo en la esfera del trabajador, a pesar de ser el empresario el generador del riesgo y el principal beneficiario. El objetivo subyacente en esta política legislativa es claro: el temor a que un incremento de los costes vinculados al desarrollo empresarial retraiga la incipiente actividad industrial, frena todo intento dirigido a imputar dichos costes al causante del riesgo, condenando a los trabajadores a situaciones de absoluta desprotección. La razón de esta inhibición legal parece hallarse en la idea de que en la búsqueda preeminente de un objetivo (en este caso, la industrialización), se decida no gravar una cierta actividad con un coste que le sería perfectamente imputable, quizás porque este es el camino más fácil para lograr dicho objetivo<sup>55</sup>.

Sin embargo, el transcurso del tiempo evidenciará la inadecuación de este modelo de responsabilidad exigiéndose su superación. Reforma que tardará mucho tiempo en producirse (1931), probablemente, hasta que no se produce la consolidación del principio de estabilidad en el empleo.

iii.- Paralelamente, en aras a comprender la inhibición del Estado en lo que a la salvaguarda de la continuidad del negocio jurídico se refiere, es importante tener en cuenta que, desde la perspectiva de la economía liberal, existe la convicción del carácter inevitable e irresoluble del paro. Y, éste es un factor esencial para comprender la respuesta del Legislador al respecto, o mejor dicho, su inhibición. En esta fase de la Historia, nadie pone en duda de que se trata de un fenómeno patológico del funcionamiento de la economía capitalista, de periodicidad cíclica, que adquiere especial virulencia en los períodos de crisis. Hasta los años treinta, el recelo al intervencionismo del Estado se manifiesta con la adopción de medidas parciales y tímidas, que se irán intensificando a medida que se incrementa la dimensión del problema.

En España, la búsqueda de soluciones al problema del paro es lenta, parcial y deficiente<sup>56</sup>. Es percibido como un fenómeno de larga duración, un mal endémico

---

<sup>55</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 49, y nota 12, p. 93.

<sup>56</sup> GARCÍA OVIEDO. *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico de 1928 a 1929 en la Universidad de Sevilla. Eulogio de las Heras. Sevilla, 1928, p. 43 a 45.

especialmente dramático en la agricultura y directamente vinculado al desarrollo del sistema capitalista<sup>57</sup>. Además, concurren resistencias (de diversa naturaleza) que permanentemente obstaculizan la efectiva aplicación de las escasas medidas que alcanzan la carta de naturaleza normativa. Fundamentalmente destacan tres. La percepción de que el riesgo en sí mismo no cumple con las condiciones que debe reunir toda contingencia asegurable<sup>58</sup>; la inexistencia de datos estadísticos y la ausencia de fondos públicos suficientes dificultan extraordinariamente la implantación del seguro<sup>59</sup>.

En segundo lugar, también destaca especialmente la concepción profundamente arraigada y generalizada que asocia el concepto de paro al de vago<sup>60</sup>. El paro se percibe en muchos sectores de la vida española como un problema derivado fundamentalmente de la “vagancia” intrínseca de la clase obrera. Concepción que provoca que los sectores públicos no presten la atención suficiente respecto de un colectivo que “no trabaja porque no quiere”<sup>61</sup>. Esta idea del paro, firmemente asentada en el inconsciente, *vagabundeará* en la mente de los legisladores durante largo tiempo.

Desde un punto de vista práctico, el Legislador mantendrá una postura relativamente alejada respecto de un problema que, en definitiva, se entiende que pertenece a la esfera individual de cada individuo. El miedo a que las medidas de protección de los desempleados generen una relajación en la clase obrera, y con ello un incremento exponencial de la “vagancia colectiva”, retiene la acción legislativa y mantiene al Legislador en una postura cauta y recelosa<sup>62</sup>. Al mismo tiempo, prevalece insistentemente el temor a que, de crearse, el seguro obligatorio quede desbordado desde un principio, provocando no sólo un alto coste presupuestario en las vacías arcas del Estado, sino incluso el peligro de acabar en bancarrota.

---

<sup>57</sup> **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1988, p. 734.

<sup>58</sup> GARCÍA OVIEDO (en 1928) entiende que las condiciones que debe reunir todo riesgo asegurable son: 1.- debe ser perfectamente determinable; 2.- independiente de la voluntad del asegurado; 3.- ha de amenazar a todos los asegurados con igual intensidad; 4.- ha de ser apoyado en cotizaciones tolerables. Aunque luego admita que su perspectiva pesimista no es compartida por los expertos europeos en seguros sociales. **GARCÍA OVIEDO**. *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*, *op. cit.*, p. 21 y 22.

<sup>59</sup> **GARCÍA OVIEDO**. *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*, *op. cit.*, p. 47 y ss.; y **JORDANA DE POZAS**. *La previsión contra el paro forzoso*. Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1928, p. 15. No obstante, siguiendo con el planteamiento de DURAND, además de la extendida idea de la holgazanería, en el aplazamiento de la puesta en marcha de esta medida de previsión, concurrían factores (de carácter técnico) como: la ausencia de datos estadísticos, la dificultad de definición del concepto, la complejidad de las causas que originan el paro y, sobre todo, los elevados riesgos financieros que se derivan de su aseguramiento en los períodos de graves crisis económicas. **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España*. CES. Madrid, 1999, p. 22.

<sup>60</sup> La actuación de la administración, “no exenta del doble objetivo de vigilar y subvencionar que se justifica por la pervivencia de la concepción decimonónica de parado igual a vago, potencialmente menesteroso y posiblemente peligroso”. **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, *op. cit.*, p. 734.

<sup>61</sup> En relación a los “peligros” vinculados a la protección excesiva de los parados, *vid.* **PÉREZ GONZÁLEZ**. *Consideraciones sobre el paro obrero*. RT n° 30, 1942.

<sup>62</sup> “Y es que el paro depende en cierta parte de la voluntad de los obreros. Aun en los casos en que la buena fe domina, la condición de parado deriva de la mayor o menor voluntad o aptitud del obrero para encontrar trabajo, o de que rechace o acepte otras colocaciones”. **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1934, p. 709.



La situación de crisis es el argumento que sistemáticamente se aporta para justificar su inoportunidad. Todo ello motivado (y alentado a su vez) por la imposibilidad de mesurar la verdadera trascendencia del problema, ante la falta de estadísticas. Argumentos recurrentes utilizados sistemáticamente, hasta el advenimiento de la II República, para justificar los retrasos en la adopción de una normativa que atendiera eficazmente el problema del paro<sup>63</sup>.

Derivado de lo anterior, la sucesiva y constante realización de informes previos y proyectos, sin la promulgación de la consiguiente Ley, marcan las pautas de la evolución diacrónica de este seguro. Las medidas adoptadas, de raigambre claramente liberal, oscilan entre el carácter asistencial y la previsión mutua (privada), obviando por completo las reformas estructurales de política económica general (especialmente de distribución de la propiedad agrícola), verdaderas causantes del problema, a pesar de ser conscientes que la gravedad de la situación requería perentoriamente su adopción<sup>64</sup>. El papel del Estado, claramente subsidiario, queda exclusivamente circunscrito a funciones de tutela de la previsión privada.

En términos generales, la evolución de las sucesivas iniciativas legislativas dirigidas a remediar el paro obrero responde al sobresalto que en paralelo provocan las sucesivas crisis políticas de esta etapa<sup>65</sup>. Reformas tímidas e insuficientes, promovidas fundamentalmente por un deseo de auto-defensa de la clase burguesa gobernante<sup>66</sup>. Además, existe un “desconocimiento generalizado de la sociedad y los grupos que padecen esta necesidad y urgencia que es el paro”<sup>67</sup>, lo que probablemente constituye el reproche más grave a la acción legislativa de los poderes públicos hasta la II República. Lo importante del caso es que al descartarse la posibilidad técnica de articular un sistema de protección del desempleo, se circunscriben sustancialmente las opciones para paliar los efectos derivados de los desajustes cíclicos propios de la dinámica económica (y que se mostrarán con toda su virulencia a partir de 1929). De tal modo, que a medida que pase el tiempo, la estabilidad en el empleo se erigirá en la principal (y, casi única) política de empleo.

---

<sup>63</sup> **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, op. cit., p. 767. De poco debió servir la creación de un servicio general de estadística de la oferta y la demanda de la mano de obra (Orden 29 de septiembre 1920). **DE LA VILLA GIL**. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 158.

<sup>64</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 94 a 100.

<sup>65</sup> Como marco de referencia, conviene tener presente, que “los Seguros Sociales surgen en España sin obedecer a un plan general previo, sino de un modo aislado, en consonancia con las necesidades que se estiman prioritarias, y de acuerdo, naturalmente, con las posibilidades económico-financieras del sistema asegurativo. Cada seguro es de este modo hijo de su época”. **MONTOYA MELGAR**. *La seguridad social española: notas para una aproximación histórica*. RT n° 54 y 55, 1976, p. 22.

<sup>66</sup> “Las medidas reformistas son fundamentalmente una *re-acción* con la que se intenta contener el “incendio social”, y que el nacimiento del derecho del trabajo se ve urgido, no como un pura inspiración de la justicia, sino como una *contra-medida* que busca en el bienestar obrero la garantía de la paz social”. **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 88.

<sup>67</sup> **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, op. cit., p. 729.

Así, la primera referencia directa al seguro de paro se produce en 1910, cuando el Ministro de Fomento CALBETÓN, a través del Decreto de 5 de marzo<sup>68</sup> encomienda al Instituto Nacional de Previsión y al Instituto de Reformas Sociales el estudio de un anteproyecto de ley sobre cajas de seguro popular de vida, de invalidez y de paro<sup>69</sup>. Entre los redactores, existe el convencimiento de la dificultad de administrar este seguro y el temor al fraude y la picaresca. En cuanto a la financiación se pone de manifiesto las reticencias de los empresarios a costearlo a través de sus cotizaciones y las dificultades económicas del Estado para sufragarlo<sup>70</sup>. De todos modos, los resultados del Estudio no se tradujeron en ningún tipo de normativa<sup>71</sup>.

Finalizada la I Guerra Mundial, se produce el hundimiento de la economía española acompañada de una grave crisis social. Su repercusión sobre la clase trabajadora es especialmente intensa, la cual, especialmente motivada por la revolución rusa, reacciona vigorosamente presionando sobre los poderes públicos, que ya no pueden permanecer por más

---

<sup>68</sup> Gaceta 6 de marzo.

<sup>69</sup> El resultado será el informe de **GONZÁLEZ ROJAS**. *Bolsas de Trabajo*, de 1911, al que no hemos tenido acceso. Con carácter previo, se dictan algunas disposiciones legales que tímidamente y de un modo indirecto tratan de afrontar el problema del paro, entre otras, como medidas migratorias (financiando billetes de tren) o Bolsas de trabajo. En 1914, según el Instituto Nacional de Previsión, se contaban 588 asociaciones que se preocupaban, con diversa intensidad, de luchar contra el paro, con un total de 84.415 socios. De las cuales, 40 concedían socorros metálicos a los parados afectando a 13.839 socios. Vid. **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, op. cit., p. 733 a 736.

<sup>70</sup> **MARTÍNEZ QUINTEIRO**. *El nacimiento de los seguros sociales, 1900-1918*. En “Historia de la acción social pública en España, beneficencia y previsión”. MTSS. Madrid, 1990, p. 261.

<sup>71</sup> **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España*, op. cit., p. 23. En 1914, en un estudio que, según la opinión de sus autores, “tiene el valor de ser el primero que en España se publica en que se traten los problemas de paro de forma metódica y con alguna unidad y extensión”, se afirma que, “entre los problemas actualmente en estudio, ocupa un lugar preeminente el del paro forzoso. No es ciertamente nuevo este problema, pero el régimen moderno de la vida del trabajo ha contribuido, sin duda alguna, a agravarle, y, por razones que no hemos de exponer ahora, pero que en el texto de nuestro modesto trabajo podrá ver apuntadas el que desee conocerlas, el paro forzoso de los que del trabajo hacen medio de vida ha alcanzado en nuestros días tales proporciones, que su solución es una de las más urgentes, la más urgente, nos atreveríamos a decir, si no se tachase nuestra afirmación de arrogancia, hija del entusiasmo de especialistas, de las que en la vida del trabajo exigen de consumo la caridad y la justicia”. **GONZÁLEZ ROJAS** y **OYUELOS**. *Bolsas de trabajo y seguro contra el paro forzoso*. Instituto de Reformas Sociales. Madrid 1914, p. X y VIII respectivamente. Aunque resulte un poco extenso, resulta sumamente interesante observar las medidas que se proponen para la lucha contra el paro y su traslación el momento actual. “Como remedios generales encaminados a la vez a prevenir la falta de trabajo y a remediar el paro existente, están todas aquellas medidas que tiendan a fomentar la riqueza del país, su actividad industrial, sus fuentes de producción, el desarrollo del comercio, la rectitud en la administración de los negocios públicos, el mantenimiento de la paz, la confianza en que esa paz y el buen orden y rectitud, por parte de los encargados de la dirección de los negocios públicos, infunde en el capital para lanzarse a empresas mercantiles o industriales con la seguridad de no ser molestado, vejado y hasta arrebatado violentamente por debilidad de los Poderes públicos o con la connivencia de sus funcionarios, y hasta tal vez por medidas draconianas e injustas de los mismos Poderes, que dan lugar a que los capitales se retraigan o emigren a países donde tengan mayores facilidades para su desenvolvimiento; la moderación de los impuestos de tal modo que no empobrezcan al país que los satisface, secando las fuentes de su riqueza y matando sus iniciativas; la regulación ordenada de la emigración y de la inmigración de la población obrera, tanto de la ciudad al campo como del campo a la ciudad, de región a región o con relación a países extranjeros; la armonía y mutua confianza entre las distintas clases sociales que integran la vida del trabajo, a lo que se oponen las exigencias exageradas de los que pueden dar trabajo como las de los que a él se dedican, y todas las Sociedades que preconizan la lucha de clases, en vez de su armonía, basada en la justicia y en la mutua benevolencia; el fomento de la moralidad y templanza, el ahorro, la educación e instrucción de clases populares, la represión y corrección de todo desorden. En una palabra, todo lo que conduzca a la prosperidad pública y a la paz y al orden en las relaciones sociales conducirá también, de una manera poderosa, y más o menos directa, a que el trabajo abunde y la plaga del paro forzoso disminuya en la misma proporción” (p. 62).

tiempo ajenos a sus reivindicaciones<sup>72</sup>. Si bien es cierto que la grave situación que vive el país impulsa al Legislador a abandonar las políticas de beneficencia y las concesiones gratuitas, para empezar a imputar verdaderos deberes al Estado, “frente a los que yerguen auténticos derechos y legítimas reivindicaciones obreras; donde había medidas de humanidad vemos ahora soluciones jurídicas”<sup>73</sup>, no sucede lo mismo con el seguro de desempleo. El desconocimiento de la trascendencia real del problema, motivado - entre otras razones - por la falta absoluta de estadísticas, retraerá al Legislador en la adopción de medidas más enérgicas en la lucha contra el paro.

Así, el primer texto legislativo no aparece hasta 1919<sup>74</sup>. Concretamente, el Decreto 18 de marzo<sup>75</sup> establece el seguro de paro forzoso pues “la prosperidad de una nación y el que en ella pueda prosperar el derecho y el orden, depende, en primer término, del número de los sin trabajo” (Exposición de Motivos). Se trata de un seguro privado (libre) subvencionado, dadas las dificultades de implantar un seguro de carácter oficial<sup>76</sup>. Desarrollado por el Reglamento 31 de marzo de 1919<sup>77</sup>, que establece las condiciones de la concesión de las subvenciones. El sistema previsto tiene un carácter fundamentalmente asistencial, financiado con fondos públicos y privados, integrados en asociaciones subvencionadas (aunque voluntario y por ello supeditado a la absoluta libertad de patronos y obreros)<sup>78</sup>.

Esta normativa, de clara inspiración liberal, persigue una cierta reconciliación, pues al financiar a las sociedades mutuas obreras trata de apaciguar la conflictividad social existente. Aunque se trata de una medida “raquílica, una migaja”, puesto que el número de organizaciones contra el riesgo de paro es extraordinariamente escasa (parece que sólo 17

---

<sup>72</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 86 y 87.

<sup>73</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 91; *Vid.* también **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Los orígenes de la Seguridad Social*. En “Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1964, p. 11 a 14.

<sup>74</sup> Respuesta legislativa que no es espontánea ni injustificada, pues conviene recordar que durante este período se suceden un sinnúmero de huelgas y conflictos sociales, destacando la huelga general de 1916 y 1917 y la huelga de “La Canadiense” en 1919. Paralelamente, se producen graves problemas y un elevado nivel tensión a raíz de la cosecha de 1919. Con el fin de apaciguar la situación, a través del Decreto 12 de junio 1919 (Gaceta 13 de junio), se solicita a las Cámaras Agrícolas de diversas localidades (especialmente de Extremadura y Andalucía) la constitución de las de Bolsas de Trabajo para remediar la crisis. Circunstancias motivadas probablemente por “las consecuencias económicas de las transformaciones que va experimentando la organización social con el tránsito de la paz a la guerra y de la guerra a la paz, más los que traen las transformaciones monetarias que aquellos enormes gastos produjeron” (Exposición de Motivos Decreto 18 de marzo 1919). *Vid.* al respecto, **MONTOYA MELGAR**. *La seguridad social española: notas para una aproximación histórica*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>75</sup> Gaceta 19 de marzo.

<sup>76</sup> “El desarrollo de la idea del seguro de paro forzoso no es cosa fácil ni puede improvisarse si hubiera de establecerse como función del Estado en España, donde carecemos de toda organización que pudiera adaptarse a tal objeto. Afortunadamente, la experiencia del extranjero demuestra, sin género de duda, que el único sistema práctico y posible es la subvención a las Sociedades mutuas obreras que practiquen esa clase de seguros” (Exposición de Motivos).

<sup>77</sup> Gaceta 8 de abril.

<sup>78</sup> La indemnización tiene una limitación máxima del 60 % del salario y temporalmente no puede sobrepasar el plazo de 90 días en doce meses consecutivos (art. 2 Decreto 18 marzo 1919), Además, se pretende evitar que el seguro de paro sea utilizado como cajas de resistencia (art. 2).

llegaron a inscribirse)<sup>79</sup>. Normativa de duración efímera puesto que es derogado por la Orden 8 de agosto 1921.

Posteriormente, durante la Dictadura de Primo de Rivera<sup>80</sup>, la Exposición de Motivos del Decreto 27 de abril 1923<sup>81</sup> reconoce la insuficiencia del régimen de subvenciones aunque achaca el problema al hecho de “no haberse consignado en los presupuestos generales del Estado las cantidades necesarias para hacerlas efectivas”<sup>82</sup>. Aunque también se apuntan como posibles causas la inexistencia de estadísticas sobre el paro y una organización inadecuada de Bolsas de Trabajo<sup>83</sup>.

A mediados años veinte, el problema del paro suscita un interés creciente en los países europeos<sup>84</sup>. Se empieza a percibir como un problema estructural, sometido a las fluctuaciones cíclicas de la economía, y frente al que es preciso establecer mecanismos de protección y previsión<sup>85</sup>. Sin embargo, en medio de esta inquietud internacional, España permanece en una atonía inexplicable. La Dictadura de Primo de Rivera adopta una postura obstruccionista,

---

<sup>79</sup> Además el Instituto Nacional de Previsión adoptó una postura crítica, puesto que el texto definitivo se había realizado al margen de sus opiniones y además el Gobierno, siguiendo los criterios de la Asociación Española de Lucha contra el paro, “prometía lo que no daba y equivocaba seguro con subvención”. Conflicto que pone de manifiesto otro de los problemas presentes en la regulación del seguro de paro. Esto es, la “dispersión y atomización en organismos inconexos entre sí que posibilitan normas contradictorias o sistemas de normas con diversa significación y en representación de intereses contrapuestos. El poder legislativo decide a cuál de ellos acude, es decir, en beneficio de quién legisla”. **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración, op. cit.*, p. 742 y 743.

<sup>80</sup> Como apunta MONTROYA MELGAR, el Dictador “abrigaba la intención, hecha por él mismo expresa, de ‘organizar con la cooperación obligatoria del obrero, del patrono y del Estado, el seguro de paro forzoso y de vejez e invalidez, de forma que ningún ciudadano que haya consumido sus energías en el trabajo se vea nunca en la triste y desconcertante situación de pordiosear el sustento”. **MONTROYA MELGAR**. *La seguridad social española: notas para una aproximación histórica, op. cit.*, p. 17.

<sup>81</sup> Gaceta 28 de abril.

<sup>82</sup> Previamente, la Ley de 13 de julio 1922 (Gaceta 15 de julio) ratifica escuetamente el convenio de Washington referente al paro obrero (Convenio OIT n° 2, 1919). El art. 31 de la Ley 22 de julio 1922 (Ley de Presupuestos de 1922 prorrogada para 1923) autoriza un crédito de 500.000 al Ministerio de Trabajo para establecer el seguro de paro forzoso en alguna de las siguientes formas o en las dos: a). Subvención a un sistema oficial de seguro de paro, b). Subvención a asociaciones aseguradoras. Finalmente, el Decreto 27 de abril 1923 opta por el segundo, sin alterar la duración y cuantía máxima de la indemnización prevista en el Decreto 18 de marzo 1919 (art 4). **SALVADOR BULLÓN** y **SALVADOR BULLÓN**. *La teoría del “full employment” o trabajo para todos*. Ministerio de Trabajo. Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1953, p. 163. *Vid.* al respecto también, **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España, op. cit.*, p. 24 y 25.

<sup>83</sup> **SALVADOR BULLÓN** y **SALVADOR BULLÓN**. *La teoría del “full employment” o trabajo para todos, op. cit.*, p. 163.

<sup>84</sup> “A mediados de la década ocho países tienen establecido el seguro obligatorio y en once el Estado concede subvenciones regulares para ese seguro. En 1927 la previsión contra el paro se halla extendida en la mayoría de los países europeos”. **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración, op. cit.*, p. 764 y 765. En este sentido no puede obviarse la acción de la OIT en relación al paro obrero. Desde su creación en 1919, la acción normativa había consistido hasta la fecha en la promulgación del citado Convenio n° 2 y la Recomendación n° 1 sobre el desempleo (1919); el Convenio n° 8, “Relativo a la indemnización de desempleo en caso de pérdida por naufragio” (1920); la Recomendación n° 10, “Sobre el seguro de desempleo de la gente de mar” (1920); la Recomendación n° 11, “Sobre la prevención del desempleo en la agricultura” (1921).

<sup>85</sup> De hecho, la recuperación económica de los años veinte no conlleva una reducción del número de desempleados. El paro aumenta de forma generalizada en la totalidad de países europeos. Por ejemplo, en 1925 había 2,5 millones de parados en el Reino Unido, Alemania, Italia y Polonia. Fuente **ALDCROFT, cit.** **CUESTA BUSTILLO**. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración, op. cit.*, p. 763.

frenando y retardando las medidas de previsión y de política social<sup>86</sup>. No obstante, el Ministro AUNÓS declara que “al patrono le interesa y conviene especialmente que el obrero, cuando se halle en paro forzoso, percibe el subsidio que le libre de la miseria absoluta y traiga consigo la ruina de su hogar, porque cuando el trabajador posea la convicción de que en caso de paro involuntario no perecerá, sino que gozará de un subsidio que al menos le libre de los horrores del infortunio, producirá más, pues no sentirá el temor de que un exceso de producción ocasione su ruina, y se entregará con fe y entusiasmo a laborar aumentando su rendimiento”<sup>87</sup>. A pesar de la opinión favorable al seguro, los diversos proyectos planteados quedan en estado latente y adormecidos hasta la etapa republicana, encabezada por LARGO CABALLERO<sup>88</sup>. En cualquier caso, todas estas aproximaciones legislativas al fenómeno del desempleo están extraordinariamente alejadas de la problemática social real y son escasamente aplicadas, dejando a los trabajadores en un estado de absoluta desprotección. Sin embargo, en opinión de MONTOYA MELGAR, el escaso interés mostrado por el Legislador para regular la estabilidad en el empleo, es lógica si se tiene presente el alto nivel de ocupación de la mano de obra alcanzada en la Dictadura<sup>89</sup>.

## ***2.- La legislación liberal y las primeras manifestaciones de la protección del empleo.***

En una visión de conjunto del epígrafe anterior de los elementos que describen lo que hemos denominado como “*premisa de partida de la lógica liberal*”, está claro que, desde una perspectiva de la lógica contractual, no es posible afirmar que el trabajador tuviera garantizada seguridad económica alguna por medio del trabajo, porque la idea de la permanencia del

---

<sup>86</sup> Durante la Dictadura de Primo de Rivera no se afronta directamente el problema del paro, aunque existe alguna disposición que trata el tema. Así, el art. 212 del Decreto 8 marzo 1924, que aprueba el Estatuto Municipal, dispone: “los Ayuntamientos deben cooperar y colaborar en la organización de los seguros sociales, y muy especialmente, d). Auxiliar y organizar cajas de ahorros o seguros contra el paro forzoso”. Posteriormente, el art. 17.4 DLOCN’26 dispone que los Comités paritarios deben “organizar Bolsas de Trabajo para procurar en todo momento dar ocupación a los obreros parados, a cuyo efecto llevarán un censo profesional de los patronos y obreros que existen de su ramo en la localidad, pudiendo establecer un documento que acredite la incorporación en el Censo de éstos últimos”.

<sup>87</sup> AUNÓS PÉREZ. *Estudios de derecho corporativo*. Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 199.

<sup>88</sup> Hasta entonces, se suceden algunos estudios y anteproyectos de Ley con el objeto de instaurar el seguro obligatorio de paro. Aunque todos ellos caen en saco roto. La Orden 25 de abril 1928 encomienda al Instituto Nacional de Previsión la redacción de un proyecto contra el paro forzoso (previamente, la Orden 22 de septiembre 1919 - Gaceta 25 de septiembre - encarga al Instituto Nacional de Previsión la redacción de un anteproyecto de Ley sobre el seguro de paro forzoso). Al poco tiempo, ante las dificultades planteadas entre las partes implicadas para tirar adelante el proyecto, se dicta la Orden 22 de octubre 1928 (Gaceta 25 de octubre) con el objeto de relanzarlo. Se nombra una ponencia con la finalidad de redactar un proyecto de subsidio contra el paro forzoso sobre la base económica de una aportación de las profesiones, recaudadas por los Comités Paritarios, con una bonificación del Estado, y en el que se utilice el servicio de colaboración del Comité. Proyecto que retoma la idea de una previsión voluntaria subsidiada. Proyecto que, con alguna modificación es el finalmente implantado por LARGO CABALLERO. Vid. CUESTA BUSTILLO. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, op. cit., p. 766 a 777; y ARANGO FERNÁNDEZ. *La protección por desempleo en España*, op. cit., p. 25 y 26.

<sup>89</sup> MONTOYA MELGAR. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 165.

vínculo laboral es conceptualmente inconcebible. Lo que no quiere decir, como se ha expuesto, que el Legislador liberal no fuera consciente de que el desempleo era un grave problema social, sino que estaba convencido de que el derecho de los contratos y de las obligaciones no era el mejor mecanismo para luchar contra él. Por lo que la estabilidad en el empleo no es un objetivo a alcanzar mediante, bien, la creación de institutos jurídicos que la promuevan, o bien, a través de criterios hermenéuticos que favorezcan el interés del trabajador hacia la salvaguarda de su empleo (más allá de los criterios interpretativos de derecho común, dirigidos a preservar el negocio jurídico siempre desde la perspectiva liberal).

A pesar de lo pueda pensarse en un primer nivel de análisis, no puede afirmarse que el período liberal no haya dejado huella en la formación de la estabilidad en el empleo como elemento vertebrador del Derecho del Trabajo. Al contrario, la contribución de esta etapa legislativa liberal a su aparición y posterior desarrollo es absolutamente esencial.

En primer lugar, porque pueden identificarse ciertos “síntomas” que evidencian una cierta tendencia al cambio de paradigma o, dicho de otro modo, a un uso progresivo del derecho de los contratos y de las obligaciones como mecanismo para atender a ciertos aspectos vinculados al riesgo de perder el empleo. En concreto, la exigencia de un preaviso en los contratos indefinidos da a entender la necesidad de que la lógica contractual articule un mecanismo jurídico que facilite el tránsito del empleo al desempleo (y que, incluso, en el mejor de los casos, posibilite el acceso a un nuevo trabajo). También resulta sumamente interesante la previsión de un limitado período de prueba para determinados contratos (aprendizaje) y en algunos usos profesionales, pues, evidencia la existencia de ciertas restricciones a la facultad de extinción unilateral del contrato<sup>90</sup>. En este contexto también, aunque lo más probable es que la estabilidad en el empleo fuera un objetivo remoto en la mente del Legislador, resulta extraordinariamente relevante que, por primera vez, se reconozca (o, mejor dicho, se imponga) la posibilidad de suspender la relación de trabajo ante la concurrencia de determinadas contingencias sobrevenidas, excepcionando la puesta en marcha del juego resolutorio del derecho común.

En segundo lugar, porque en la lógica resolutoria liberal reside la estructura conceptual básica a partir de la cual se construirá una de las manifestaciones jurídico-positivas más importantes de la estabilidad en el empleo. En efecto, la mecánica resolutoria implícita en los contratos de arrendamiento de servicios de duración determinada y, más concretamente, la exigencia de una “justa causa” y su conceptualización restrictiva, es el modelo que se exportará al contrato de trabajo de duración determinada e indefinida (incluso, como se sabe, con independencia del origen del incumplimiento), adquiriendo por ello una trascendencia extraordinaria.

---

<sup>90</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*. Montecorvo. Madrid, 1976, p. 69.

Y, en tercer lugar, porque en el plano procesal, atendiendo a que “la jurisdicción civil ordinaria era inadecuada para la administración de justicia en orden a las relaciones de trabajo”, porque era “complicada, lenta y costosa”<sup>91</sup>, se decide crear unos órganos jurisdiccionales especiales (los Tribunales Industriales) con el objeto de dar una respuesta rápida, sencilla y barata a las pretensiones de los trabajadores.

Aspectos, todos ellos que, a los efectos de comprender la evolución del principio de estabilidad en el empleo y su exégesis, merecen una especial atención.

### ***2.1.- El preaviso en el contrato indefinido.***

Dentro del marco definido por los postulados liberales, las partes tienen capacidad para negociar la duración del contrato que estimen conveniente, esto es: por tiempo fijo o duración indefinida. Frente a la perpetuidad del vínculo no deseada, la temporalidad se erige como el paradigma jurídico de las relaciones laborales<sup>92</sup>. La finalidad de la prohibición del contrato hecho de por vida es defender y garantizar la libertad del individuo, principio fundamental sobre el que se construye todo el sistema jurídico-político liberal. En este contexto, el sistema tiende al establecimiento de mecanismos que permitan la disolubilidad del vínculo, es decir, que garanticen su perpetua provisionalidad. En la medida que el contrato es fruto de la libertad, es inconcebible que su objeto consista precisamente en establecer una dependencia tal que la ponga en peligro<sup>93</sup>. Además, si un individuo arrendase sus servicios de por vida estaría poniendo a disposición del otro la totalidad de su tiempo, lo que significaría que estaría disponiendo de su libertad en beneficio de otro. Así, “uno tendría derecho a todo y el otro sólo obligación, lo que degeneraría en un contrato vano y nulo, pues ¿no implica la nulidad del pacto que no se obliga a nada quien tiene derecho a exigir todo?”<sup>94</sup>. Por consiguiente, en el plano conceptual, el modelo liberal de relaciones de trabajo tiene su raíz en el rechazo a la *perpetuidad del vínculo* de trabajo<sup>95</sup>. Principio que se proyecta a toda la regulación.

La potencial agresión a la libertad y a la dignidad humana, implícita en la posibilidad de celebrar contratos sin tiempo fijo, es soslayada mediante la proclamación de la *provisionalidad perpetua* del vínculo. La aparente contradicción implícita en la licitud del contrato no sometido a término, es superada en la medida que se posibilita a las partes para darlo por concluido en

---

<sup>91</sup> GALLART Y FOLCH. *Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo*. Bosch. Barcelona, 1929, p. 158.

<sup>92</sup> Según DE GRIJALBA, el contrato de trabajo “es esencialmente temporal (*non potest locare opus in perpetuum*)”. DE GRIJALBA. *El contrato de trabajo*. Francisco Beltrán Ed. Madrid, 1922, p. 175.

<sup>93</sup> SOSA MANCHA. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>94</sup> SOSA MANCHA. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, *op. cit.*, p. 104 y 105.

<sup>95</sup> *Vid. extensamente, KLEIN. El desistimiento unilateral del contrato, op. cit.*, p. 136 y ss.

cualquier momento (desistimiento)<sup>96</sup>. La indeterminación del término lleva implícita la idea de que cualquiera de las partes se reserva la posibilidad de extinguirlo cuando lo estime conveniente. El ejercicio del poder que esta figura jurídica supone es absolutamente normal en la vida de los contratos sin tiempo fijo<sup>97</sup>.

Las partes tienen el derecho a desistir unilateralmente, es decir, a extinguir el contrato de trabajo cuando sea, sin necesidad de justificar su decisión. El objeto de la medida tiene una finalidad “tutelar” dado que trata de impedir una cuasi-esclavitud contractual, erigiéndose en el “medio de garantía de libertad” por antonomasia<sup>98</sup>. Al garantizar la disolubilidad de la relación cumple la misma función que el término en la relación de duración determinada, esto es, garantizar la temporalidad<sup>99</sup>. Por esta razón, es el medio normal u ordinario de terminación de la relación de trabajo. Aunque, desde una perspectiva del derecho de las obligaciones, como es bien sabido, esta facultad es una excepción al principio civil que impide que la disolución del vínculo contractual quede supeditado a la voluntad unilateral de una de las partes (art. 1256 CC)<sup>100</sup>. En cuanto a los efectos, a diferencia del contrato de duración determinada, las partes ostentan la facultad de dar por concluido el contrato sin necesidad de indemnizar a la otra parte<sup>101</sup>. Lo que, en principio, no impide que se exija el pago de una indemnización, *ex art.* 1101 CC, si se demuestra la existencia de daños y perjuicios distintos a los derivados del desistimiento del contrato<sup>102</sup>. No obstante, la posibilidad de reclamar una indemnización queda

---

<sup>96</sup> Basta que una de las partes manifieste su interés disolutorio para que el contrato se extinga. La prohibición del contrato de por vida (art. 1583 CC) debilita extraordinariamente la estabilidad de la relación de trabajo por tiempo indefinido, por lo que el desistimiento aparece como consustancial a la naturaleza del contrato. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado es el que puede resolverse en cualquier momento por la voluntad de ambas o de una sola de las partes, sin necesidad de alegar una causa ni de pagar una indemnización de daños y perjuicios.

<sup>97</sup> Este modo extintivo, de todos modos, a juicio de SIMI y ARDAU, recogida por DE LA VILLA, es una consecuencia lógica e incluso *fisiológica* de este tipo de contrato, dado que si no fuera así, se llegaría al absurdo de que el contrato únicamente podría extinguirse a través de una resolución por incumplimiento. DE LA VILLA. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, nota 12, p. 24 y 25; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*. RPS, nº 74, 1967, p. 26; y MONTOYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, *op. cit.*, p. 25 a 29.

<sup>99</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*. RPS nº 77, 1968, p. 8 y 9.

<sup>100</sup> No obstante, algunos autores contemporáneos eran partidarios de someter el sistema extintivo de los contratos de duración indefinida al principio de causalidad. DE GRIJALBA sostiene que, a pesar de suponer una innovación en los principios generales del Derecho civil español, “cuando el patrono despide al obrero, arbitrariamente, sin motivo fundado, causándole un verdadero perjuicio, el obrero tendrá derecho a pedir la indemnización correspondiente”. La justificación de este cambio se halla en la búsqueda de un modelo de relaciones laborales más justo, aunque el propio autor precisa que no debería bastar la mera existencia de un perjuicio, sino que debería concurrir la culpa. DE GRIJALBA. *El contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>101</sup> “No siendo lícito imponer sanciones si no aparecen declaradas, habremos de reconocer que por el silencio de nuestra ley civil, en este tipo de contratos, ni es preciso que a su resolución preceda denuncia y plazo, ni, por muy arbitraria que resulte la despedida, da lugar a indemnización de daños”. SCAEVOLA. *Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>102</sup> STS de 10 de junio 1914 (núm. 98).



extraordinariamente restringida, pues los Tribunales aceptan el principio en virtud del cual “el que ejercita un derecho que le asiste no perjudica a otro”<sup>103</sup>.

No obstante, es importante tener en cuenta que, según la costumbre<sup>104</sup>, el reconocimiento del derecho de desistimiento debe ir acompañado del cumplimiento de un determinado plazo de preaviso (diferiendo sus efectos extintivos). La concesión de un preaviso se basa únicamente en consideraciones de equidad y ejercicio de buena fe del desistimiento<sup>105</sup>. Lo trascendente, desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, es que *en sede del desistimiento*, y a diferencia de lo dispuesto en el régimen del despido *ex art. 1586 CC*, se establezca una *exigencia de forma*, en aras a tutelar el interés del trabajador y, en cierta medida, a aplacar la arbitrariedad de la decisión empresarial. En definitiva, el fin de esta exigencia, como puede predicarse genéricamente de todas ellas, propicia una especie de “período de enfriamiento”, que no puede sino incidir favorablemente en el nivel de racionalidad y objetividad de la relación”<sup>106</sup>.

No obstante, la subordinación del ejercicio del desistimiento a esta exigencia, no debe entenderse como una limitación de esta facultad contractual, “sino una condición de validez del mismo, de tal manera que el desistimiento sin observancia del plazo de preaviso no es nulo, sino que da derecho a una indemnización sustitutiva de aquél”<sup>107</sup>.

Por su parte, el Código de Comercio establece una restricción a la facultad de desistir del contrato, pues es necesario respetar un plazo de preaviso o bien abonar una indemnización de una mesada<sup>108</sup>. La mesada, no sólo trata de evitar la disolución intempestiva y brusca del

---

<sup>103</sup> STS de 6 de noviembre 1914 (núm. 124). De hecho, “no existe precepto legal alguno que obligue al patrono a no despedir al obrero concertado por tiempo indefinido” (STS 27 de enero 1927, núm. 59).

<sup>104</sup> Tal y como apunta HOSTENCH, en la medida que para estos contratos no “existe ningún principio legal, hubo de acudir a los usos y costumbres de cada localidad para sentar una doctrina jurídica”. Destacando, a su vez, que “no en toda España los usos y costumbres son los mismos”. HOSTENCH. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 95 y 96. Así pues, como afirma el propio autor la Comisión Mixta del Trabajo del Comercio de Barcelona, en virtud de un acuerdo de carácter general obligatorio de 19 de abril de 1922 para los mozos de comercio y similares de todo el comercio al por mayor de la ciudad, se exige el respeto de un plazo de preaviso de un mes para los contratos de duración indeterminada, el de una semana, si cobran por semana y el de un mes, si por mensualidad (p. 123)

<sup>105</sup> KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., p. 30 y 181 y ss.

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*. RL 1991 - II, p. 210.

<sup>107</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 35; y PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ. *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*. Montecorvo. Madrid, 1980, p. 25.

<sup>108</sup> Art. 302 CCom: “En los casos en los que el empeño no tuviera tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada”. La mesada es una indemnización por los perjuicios que sufre el auxiliar del comerciante mientras no se coloca en un nuevo empleo, en consecuencia si el trabajador encuentra trabajo durante el periodo comprendido entre el aviso y antes de que transcurra el mes, no tiene derecho a exigir los salarios por los días pendientes hasta llegar a los 30 (STS 6 de marzo 1923). No obstante, esta norma es dispositiva dado que las partes pueden pactar en el contrato su inaplicación (STS 29 de julio 1921, núm. 21). Por otro lado, en los supuestos en los que la empresa demostrara motivos de fuerza mayor podría eximirse del cumplimiento del mencionado precepto (STS de 24 de febrero 1920, núm. 67).

Una corriente jurisprudencial era partidaria de conceder el preaviso sólo en los supuestos en los que no hubiera concurrido una causa justificada [SSTS 13 de abril 1914; 25 de febrero 1916; 1 de febrero 1917; 16 de abril de 1920; y 10 de febrero 1925 (cit. ALBIOL MONTESINOS. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*. Escuela Social de Valencia. Cuadernos XXII, Valencia, 1973, p. 19)]. No obstante, no parece ser un criterio uniforme porque, en

contrato, sino que también trata de compensar los perjuicios que pudiera sufrir el dependiente mientras no logre colocarse de nuevo. Si el empresario respeta este plazo de un mes, manteniendo empleado al trabajador, no debe abonar cantidad alguna<sup>109</sup>. Esta regulación resulta claramente más beneficiosa que la establecida para los “criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados” del Código Civil. El paraguas protector que ofrecía el Código de Comercio impulsó las reivindicaciones obreras que pretendían que se les extendiera su régimen jurídico<sup>110</sup>.

Ante la negativa del Legislador de homogeneizar el régimen jurídico, se prodigaron las reclamaciones obreras solicitando la calificación mercantil de su contrato. En este contexto, la jurisprudencia jugó un papel fundamental, extendiendo o restringiendo el ámbito de aplicación subjetivo del Código de Comercio a los supuestos dudosos, aunque las soluciones adoptadas tuvieron desigual fortuna. Así, en una casuística infinita, se debatió entre la aplicación estricta de la legalidad y una interpretación extensiva de las normas sobre la base de principios de justicia social. Extremos que se plasmaron en resoluciones que, con criterios oscilantes y cierta arbitrariedad, ofrecían escasa seguridad jurídica<sup>111</sup>. Tras un primer período vacilante, finalmente se optó por la aplicación de un criterio restrictivo impidiendo la extensión del régimen mercantil al resto de trabajadores dependientes, por entender que el Derecho mercantil es un derecho especial<sup>112</sup>.

---

otras ocasiones, el TS sostiene la compatibilidad del deber de preaviso con la existencia de un incumplimiento previo del trabajador [SSTS 24 de abril 1917; y 16 de marzo 1923 (ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.*, p. 19)].

<sup>109</sup> Por su parte, el Decreto 20 junio de 1902 (Gaceta 22 de junio), en el que se establecen las estipulaciones sobre el contrato de trabajo que deben consignarse en las contrataciones de obras públicas, fija como uno de los elementos obligatorios que debe cumplir cualquier contrato de trabajo entre el obrero y el contratista, la estipulación de los requisitos para la denuncia del contrato (art. 1) - regulación que posteriormente se incorporará al art. 25 CT<sup>26</sup>. Aunque este precepto no previene ningún tipo de compensación, lo lógico es que en caso de su incumplimiento el trabajador tuviera derecho al percibo de una indemnización sustitutiva

<sup>110</sup> Paralelamente, la definición del concepto de operario ofrecida por la Ley de Tribunales Industriales de 1908 (art. 2) debió contribuir intensamente en la aspiración de la clase obrera de equiparar su situación a la de los auxiliares del comerciante. Aunque también se produjo un proceso a la inversa, lo que generó un *juego cruzado* de reivindicaciones jurídicas. El art. 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo 1900 define al operario como “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”. Por lo tanto, el sujeto protegido no son los trabajadores, *latu sensu*. No obstante, el Decreto 28 de julio 1900 que establece el reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo, dispone en el art. 2 que quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación subjetivo los aprendices y los dependientes de comercio. Circunstancia que impulsó al resto de auxiliares del comerciante a pretender equipararse con los *obreros*. Sin embargo, ante el inmovilismo legislativo, optaron por acudir a la vía interpretativa, esperando que los órganos jurisdiccionales les calificaran como tales.

<sup>111</sup> Así, se aplica el Código de Comercio a un empleado de escritorio de una entidad mercantil (STS 19 de abril 1923, núm. 26) y a uno de un establecimiento de ampliaciones fotográficas (STS 29 de enero 1920, núm. 33); a los viajantes (STS 5 de agosto 1912, núm. 141); a un trabajador encargado de “recoger el pan de la boca del horno, contarlo y distribuirlo en las distintas sucursales de la sociedad” (STS 24 de febrero 1920, núm. 66); a un tenedor de libros (STS 24 de enero 1917, núm. 34); a un cobrador de facturas (STS 9 de febrero 1917, núm. 56). En cambio, se restringe la aplicación del Código de Comercio a un empleado que “distribuye pan a los repartidores del establecimiento” (STS 31 de octubre 1920, núm. 119); a unos panaderos (STS 8 de junio 1921, núm. 65); a un *chauffeur* (STS 27 de abril 1921, núm. 27); a mozos o camareros de un café (STS 28 de mayo 1928, núm. 87); y a un botones con uniforme (STS 5 de noviembre 1921, núm. 90).

<sup>112</sup> Por ejemplo, las SSTS 16 de febrero (núm. 76) y 9 de mayo (núm. 45) 1917 descartan la aplicación del Código de Comercio dado que los trabajadores manuales no son en ningún caso auxiliares del comerciante aunque presten sus servicios en establecimientos mercantiles. En cambio, en diversas ocasiones la jurisprudencia, alegando un principio de justicia social, aplicó la normativa mercantil a los trabajadores manuales porque “no hay razón alguna para

No obstante, en el seno de las injusticias sociales, derivadas de las lagunas y desajustes normativos del trabajo asalariado, germinaron iniciativas que establecieron el deber de *preavisar* la extinción del contrato de duración indefinida<sup>113</sup>. Aunque no se trata de una disposición de carácter imperativo, dado que, si al patrono no le compensa mantener al trabajador durante este plazo de tiempo, puede sustituir el preaviso por el pago de los salarios correspondientes a dicho período. Concedido el preaviso, la costumbre exige que se conceda automáticamente al trabajador un permiso de dos horas diarias para buscar otra ocupación.

Así, las disposiciones colectivas, los contratos o la costumbre se erigieron en los instrumentos normativos a través de los cuales se extendió la obligación de indemnizar la denuncia intempestiva<sup>114</sup>. El deber de preaviso se constituye de este modo en una obligación para el empresario de carácter facultativo, dado que puede satisfacer la deuda principal (preavisar) si cumple con la prestación subsidiaria (pago de la indemnización).

El origen pactado de estas normas, sin intervención del Estado, evidencia el creciente significado social que estas cuestiones suscitan (especialmente en aquellas cuestiones que son compatibles con la lógica liberal imperante) y que aumenta progresivamente a medida que se extiende el proceso de industrialización de la economía<sup>115</sup>. El deber de preaviso es un hecho muy significativo en la evolución del Derecho del Trabajo y, especialmente, de la estabilidad en el empleo. Primero, porque evidencia una progresiva preocupación por el fenómeno del desempleo y, más concretamente, por la pérdida del trabajo de los empleados (tratando de facilitar la transición al desempleo y, ofreciendo un mecanismo – muy elemental – para la búsqueda de un nuevo empleo). Y, segundo, porque contribuye a incrementar la convicción de que el derecho de los contratos y de las obligaciones puede ser un poderoso instrumento para luchar contra el fenómeno del desempleo.

---

hacerlos de peor condición que a los dependientes de comercio” (SSTS 5 de julio 1916, núm. 84, referida a los jornaleros; y 24 de febrero 1920, núm. 69, referida a los mineros). Doctrina que posteriormente fue rechazada en el propio Tribunal en varias ocasiones, entre ellas, STS 6 de diciembre 1923 (núm. 151).

<sup>113</sup> Por ejemplo, el Tribunal Industrial de Barcelona, en virtud de un informe emitido por la Junta Local de Reformas Sociales, aplicaba la costumbre de calificar el despido sin causa como injustificado y, por lo tanto, indemnizable siempre que no le hubiera “precedido un aviso de cesación en el trabajo en un período de tiempo igual que media entre un cobro y otro del salario”. **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 96 y 97.

<sup>114</sup> Por lo tanto, tal y como expresa la STS 26 de febrero 1915 (núm. 98) el uso o costumbre será aplicable a no ser que las partes hubieran dispuesto otra cosa en el contrato. No obstante, el reconocimiento jurisprudencial de la existencia de un deber de preavisar derivado de la costumbre no estuvo exento de obstáculos. En efecto, en un primer momento, difícilmente la jurisprudencia aceptó su existencia quedando restringido al ámbito mercantil, p. ej.: SSTS 6 de noviembre 1914 (núm. 124); 9 de mayo 1917 (núm. 45); y 6 de diciembre 1923 (núm. 151). Posteriormente, su aceptación se fue extendiendo y prueba de ello son las SSTS 24 de febrero 1920 (núm. 69), 12 de junio 1926 (núm. 80), 6 de febrero 1930 (Ar. 645), 4 de marzo 1930 (Ar. 736). Aunque también se admite la renuncia al plazo de preaviso, *ex art.* 4 CC (STS 29 de julio 1921). En cualquier caso, es indispensable que el obrero pruebe su existencia, con todos los detalles del plazo fijado y la indemnización correspondiente, en virtud del art. 1214 CC. **ALARCÓN Y HORCAS.** *Código del Trabajo, op. cit.*, p. 238.

<sup>115</sup> *Cfr.* **GARCÍA FERNÁNDEZ.** *La formación del Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 100.

## **2.2.- Los contratos de duración determinada, la exigencia de justa causa para resolver y su concepción restrictiva.**

En los contratos por tiempo fijo, en cambio, el planteamiento difiere porque la temporalidad del vínculo queda garantizada precisamente por el término pactado<sup>116</sup>. Por ello, garantizada la duración provisoria, el interés del sistema jurídico se centra en otro género de problemas. Salvaguardada la provisionalidad del vínculo, lo relevante es el cumplimiento de lo pactado. En efecto, el origen pactado del contrato somete a las partes a una relación regida por la confianza mutua y de respeto de lo acordado, donde el contrato se erige en ley *inter partes* (art. 1091 CC). Las partes en el ejercicio de su autonomía individual, están sujetas a sus propios actos, por lo que debe atenerse a lo pactado libremente. Sin embargo, el contrato, como depositario de la soberana voluntad del hombre, está sujeto a lo largo de su vigencia a potenciales agresiones que amenazan la confianza depositada y, por lo tanto, su buen fin (con especial incidencia al ser de tracto sucesivo). Frente a estos peligros, la finalidad principal del modelo civil es garantizar la *estabilidad contractual*, es decir, el cumplimiento efectivo de lo pactado (art. 1091 CC). La seguridad del mercado (del tráfico jurídico) depende de ello.

En el ámbito del arrendamiento de servicios, la fijación del término y su cumplimiento obliga por igual a las partes, por lo tanto, la estabilidad contractual se alcanza con la observancia de lo pactado hasta el agotamiento del término<sup>117</sup>. Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, lo importante es que del deber de cumplir lo pactado deriva la imposibilidad recíproca de dar por concluido el contrato anticipadamente, a no ser que medie “justa causa”. El vínculo laboral se basa en la *fiduciariiedad*, pues, garantiza a las partes el efectivo cumplimiento de las prestaciones acordadas. Por ello, en el momento en que desaparece la confianza, se difumina el fundamento que une a las partes y, por lo tanto, debe permitirse la disolución<sup>118</sup>. Por ello, el contrato cuya duración esté sometida a término sólo puede ser disuelto si se produce un motivo suficiente (justa causa) que haga desaparecer la confianza depositada<sup>119</sup>. En definitiva, se trata de un modo *extraordinario* de extinción del vínculo, porque difiere del previsto expresamente por las partes, esto es, agotamiento de la duración preestablecida.

---

<sup>116</sup> Partiendo de la base de la prohibición de la contratación a perpetuidad, ante la posibilidad de que las partes, en el ejercicio de su autonomía negocial, pactaran un término fijo, pero tan prolongado que pudiera comprometer la libertad personal del trabajador de por vida, la doctrina contemporánea entiende que debe calificarse como nula. **SOSA MANCHA**. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, *op. cit.*, p. 87 a 92.

<sup>117</sup> **RIVERO LAMAS**. *Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*. RPS, n° 70, 1966, p. 98.

<sup>118</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>119</sup> *Vid.* al respecto, **DURÁN LÓPEZ**. *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, *op. cit.*, p. 7 a 12.

Sin embargo, la pérdida de confianza como motivo resolutorio no significa supeditar la continuidad del negocio jurídico a valoraciones subjetivas “caprichosas”. En definitiva, lo que se quiere evitar es la arbitrariedad<sup>120</sup>. La opción del Legislador por la subsistencia o conservación del negocio jurídico lo impide, pues, de otro modo, se acabaría resintiendo el tráfico jurídico. Como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, el “principio de conservación del negocio se manifiesta en el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC por medio de la exigencia de ciertas condiciones que matizan, modulan y aminoran en cierto sentido el tenor literal de dicha formulación. Exigencia que se orienta hacia una determinada caracterización del incumplimiento de la obligación para el desencadenamiento del efecto resolutorio; hacia un incumplimiento en alguna medida cualificado”<sup>121</sup>. Se adopta, como se analizará<sup>122</sup>, una interpretación restrictiva de la facultad resolutoria como lo manifiesta la exigencia de diversas condiciones para la correcta aplicación de la facultad resolutoria. Y *éste es un elemento capital* en la configuración de lo que con el tiempo pasará a denominarse principio de estabilidad en el empleo. La exigencia de una “justa causa” no es más que la descripción de los motivos que, siempre desde un enfoque restrictivo, circunscriben los supuestos de ineficacia del contrato. Y las sucesivas especificaciones que la legislación laboral ha ido realizando en el tiempo respecto de lo que debe entenderse por “justas causas”, “simplemente” se han limitado a especificar el sentido de dicha expresión, con el objeto de dar mayor seguridad al tráfico jurídico (y, porqué no, facilitar su control jurisdiccional). Aunque pueda resultar paradójico, lo importante del caso, y conviene tenerlo siempre en cuenta, es que *la manifestación más importante de la estabilidad en el empleo tiene su origen en uno de los axiomas del liberalismo decimonónico*.

Además, la aplicación de la lógica resolutoria (*ex* art. 1124 CC) y el consiguiente riesgo a tener que abonar una compensación económica en caso de resolución injustificada o bien a cumplir lo acordado y a abonar una indemnización de daños y perjuicios, es un mecanismo que, sin duda, debía tener un efecto persuasivo en la mente del empresario, “compeliéndole” (con una cierta intensidad) a respetar la duración pactada. Efecto, no obstante, que debía quedar notablemente relativizado por las dificultades de los trabajadores para reclamar el respeto de sus derechos a través del proceso jurisdiccional civil. Fenómeno que, como se analizará en este epígrafe, trató de neutralizarse con la creación de los Tribunales Industriales y la modificación de ciertas reglas del proceso ejecutivo.

---

<sup>120</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Derecho del Trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 253 y 254.

<sup>121</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>122</sup> *Vid. Epígrafe II del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte)*.

### **2.3.- La limitación temporal del período de prueba.**

La Ley de 1911<sup>123</sup>, del Contrato de Aprendizaje, al describir las formalidades de estos contratos, exige que se pacte un período de prueba (art. 21). El contrato de aprendizaje se configura como un contrato de duración determinada (cuya duración máxima puede ser de cuatro años), en el que la extinción sobrevenida del contrato da lugar a una indemnización (la pactada o la fijada por el Juez), en determinadas circunstancias calificables, genéricamente, como un incumplimiento imputable. Como expone MARTÍN VALVERDE, la configuración casi familiar que se pretende atribuir a esta relación contractual entre el maestro y el aprendiz, convierten al período de prueba en un elemento esencial para evaluar la idoneidad de un compromiso de esta envergadura, pues, posibilita que el aprendiz pueda desdecirse de la profesión que ha elegido y el maestro para evaluar la capacidad y las condiciones personales del aprendiz<sup>124</sup>. Más allá de estas cuestiones, que no pueden extrapolarse al contrato de trabajo (por razones obvias), lo importante, es que la extinción del contrato por cualquiera de las partes durante el período de prueba no da lugar a indemnización alguna (salvo pacto en contrario). En un contexto liberal, regido por la *estabilidad contractual*, sin duda, el período de prueba es un profundo elemento distorsionador, motivo que justifica su formulación restrictiva. Desde esta perspectiva, se comprende su carácter temporal y ciertos requisitos formales (como la exigencia de su expresa estipulación escrita en el contrato). De todos modos, dadas las particulares características de este contrato, su impacto en el contrato de trabajo común no será excesivo (lo que no impedirá que se incorpore prácticamente sin cambios al CT<sup>26</sup> y de éste – con algunos retoques - a la LCT<sup>44</sup>).

Más allá de este precedente remoto, los principales cauces de formación del período de prueba, tal y como hoy lo conocemos, han sido las normas sectoriales de origen profesional (hasta la promulgación de la Ley de Relaciones Laborales de 1976)<sup>125</sup>. Siguiendo a MARTÍN VALVERDE – que cita a ALARCÓN HORCAS -, en algunas de estas normas sectoriales – especialmente, las de los empleados y obreros cualificados (por tanto, con carácter excepcional) -, el período de prueba se articula como una fase experimental en los contratos de duración determinada, en el que las partes tienen una facultad de desistimiento, aunque - a diferencia de su formulación actual - se exige el agotamiento del período de tiempo pactado para comprobar la aptitud del trabajador (so pena de tener que abonar una compensación). Estableciéndose, consiguientemente, una duración mínima y máxima<sup>126</sup>. De nuevo, al igual que en el contrato de aprendizaje, a pesar de la idoneidad de su previsión (pues, se espera poder comprobar la aptitud

---

<sup>123</sup> Gaceta 19 de julio.

<sup>124</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 55 a 57.

<sup>125</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 58 y 59.

<sup>126</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 60 y 61.

del trabajador), está pensado con carácter restrictivo, ya que es un factor amenazante de la estabilidad contractual. Temor que se incrementará a partir de 1931, cuando se produce el auge de las medidas legislativas de protección de la estabilidad en el empleo<sup>127</sup>. Lo importante en este caso es que esta lógica operativa descrita para los contratos de duración determinada, se exportará sin cambios a los contratos de duración indefinida en el momento que se extienda el sistema de extinción causal del contrato.

#### **2.4.- La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por accidente de trabajo.**

En el año 1900 se reconoce, por primera vez en la legislación española, la posibilidad de suspender la relación de trabajo por incapacidad temporal por accidente de trabajo y por maternidad. La Ley 30 de enero 1900<sup>128</sup>, de accidentes de trabajo y la Ley de 13 de marzo 1900<sup>129</sup>, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, reconocen la posibilidad de interrumpir el contrato ante el acaecimiento de determinadas contingencias sobrevenidas que repercuten en el trabajador pero que no le son imputables. Se trata de una protección puntual que responde a motivaciones de índole heterogénea<sup>130</sup>. En este sentido, en relación con la maternidad, si bien es cierto que el bien jurídico protegido es el hecho biológico (la prohibición de empleo de las mujeres embarazadas así lo confirma), también lo es que la continuidad en el empleo es un objetivo que también persigue el Legislador y, por ende, susceptible de tutela. En efecto, no sólo se entiende que el incumplimiento contractual motivado por la maternidad no constituye una causa contractual resolutoria, sino que, además, se reconoce expresamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

---

<sup>127</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 62.

<sup>128</sup> Gaceta 31 de enero.

<sup>129</sup> Gaceta 14 de marzo.

<sup>130</sup> Como afirma MARTÍN VALVERDE, la voluntad de “iniciar la intervención legislativa en el mercado de empleo con la protección de los segmentos de la clase trabajadora más perjudicados por las condiciones de trabajo de la primera revolución industrial respondía con toda probabilidad a varios motivos concurrentes, que quizás pueda reconducirse a dos. El primero de ellos sería la advertencia de que la explotación masiva de mujeres y niños acarrearía a la sociedad a medio y largo plazos una grave depauperización de la salud de la población; esta razón de conservación de recursos humanos se hizo presente en la conciencia de las clases dirigentes, según parece, a través de una serie de informes médicos sobre la situación sanitaria de los jóvenes incorporados a filas. El segundo motivo de tales intervenciones en el mercado de empleo sería la condición de víctimas del grupo de los trabajadores menores cuyo sacrificio en aras del libre funcionamiento del mercado no sólo resultaba paradójicamente difícil de aceptar, sino que desmentía de forma concluyente el propio axioma liberal de la armonía preestablecida del orden social”. Y, en cuanto a la legislación de accidentes de trabajo, aunque pudiera pensarse que la “cobertura de riesgos laborales significaba la ruptura del dogma de igualdad de los contratantes en el arrendamiento de servicios y el inicio de un derecho nuevo construido sobre la base de la tutela del contratante débil”; desde una perspectiva estrictamente técnica, la ley de 1900, “podía ser enfocada también, y quizás debía serlo preferentemente, no ya desde la perspectiva del contrato de servicios, sino desde la perspectiva de la responsabilidad por daños. Partiendo de esta base, la protección de los accidentes de trabajo aparecía como la mera consecuencia de la introducción en el ordenamiento de una nueva concepción de la responsabilidad que no afectaba en rigor a los fundamentos del orden liberal, sino que se limitaba a constatar la existencia de nuevos factores de agresión o peligro surgidos en el desarrollo de la civilización industrial”. MARTÍN VALVERDE. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, op. cit., p. LI, LII, LXIV y LXV.

En cuanto a la suspensión de la relación de trabajo por accidente de trabajo, es claro también que la intención del Legislador es impedir la resolución del contrato cuando el incumplimiento de la prestación pactada se debe al incumplimiento contractual motivado por un accidente de trabajo. Respuesta normativa que, claramente, se plantea con carácter excepcional frente a la regla general, esto es, la posibilidad de resolver el contrato.

Es evidente que estas medidas legislativas no responden a la voluntad del Legislador de articular un modelo sistematizado de protección de la continuidad del negocio jurídico, pues, el principio de *prohibición de la perpetuidad* permanece incólume. De hecho, sería un error interpretar estas novedades legislativas como un intento de superar los postulados liberales imperantes.

De todos modos, a pesar del carácter, si se nos permite, “anecdótico” de esta manifestación de la estabilidad en el empleo (derivado de las manifiestas imperfecciones de la regulación de estos supuestos suspensivos y de su reconocimiento restrictivo e insuficiente), no debe restar relevancia su verdadera trascendencia jurídico-laboral, debiéndose resaltar su extraordinario valor en el proceso de construcción del *favor negotii* en el ámbito de las relaciones de trabajo. En primer lugar, porque constituye la primera manifestación que, contradiciendo los planteamientos resolutorios del derecho común, penetra en el armazón de la lógica liberal. En efecto, con la positivización de estos supuestos suspensivos se reconoce la existencia de una institución no prevista expresamente en el Derecho común. Lo que posibilita la apertura de una, por el momento, fina brecha en sus planteamientos jurídico-conceptuales y, si se nos permite, inculcando en el ordenamiento jurídico concepciones “sociales” que suponen una clara superación de la filosofía liberal decimonónica. Y, en segundo lugar, porque este reconocimiento positivo, de algún modo, actuará a modo de “palanca” o “plataforma de partida” para el posterior proceso de expansión legislativa de esta manifestación de la estabilidad en el empleo.

Hecho que se evidencia en la evolución posterior del régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por accidente de trabajo, pues, sufrirá un proceso de expansión progresiva, que se traducirá en un incremento de las condiciones de ejercicio de estos supuestos suspensivos. Novedades que, pese a ser débiles (casi testimoniales), adquieren suma importancia, en primer lugar, porque su reforma, en términos expansivos, es ilustrativa de su consolidación en el ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, porque, además, se pone de manifiesto que la “inoculación” de lo social está activa y que la brecha en el armazón técnico-jurídico liberal se está abriendo.

En concreto, desde 1900, se suceden diversas normas jurídicas dirigidas a fortalecer la institución suspensiva, a fin de garantizar la continuidad del negocio jurídico. Sin embargo, la aportación del CT<sup>26</sup> al respecto es ciertamente pobre, pues, salvo contadas excepciones, o bien, se limita a reproducir literalmente lo previsto en la normativa precedente, como por



ejemplo, en lo relativo a la suspensión por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo<sup>131</sup>; o bien, obvia por completo la regulación existente al respecto, sin mencionarla, como sucede con la suspensión por maternidad<sup>132</sup>.

Por otra parte, siguiendo la tendencia de las movilizaciones militares de la I Guerra Mundial realizadas en otros países europeos, como novedad, el art. 19 CT<sup>26</sup> incorpora el servicio militar como nueva causa suspensiva. Aunque se trata de una garantía prevista únicamente para el personal al servicio de las instituciones públicas o de organismos o entidades vinculadas a las mismas<sup>133</sup>. La importancia del precepto es que, por primera vez en el ordenamiento jurídico español, un texto positivo de la legislación social recoge la expresión “en suspenso”.

Y, finalmente, el art. 25 CT<sup>26</sup>, relativo al contrato de trabajo en relación a las obras y servicios públicos, se decreta la obligatoriedad de que queden estipulados los requisitos para la suspensión de la relación de trabajo, aunque sin especificar las circunstancias que pueden motivarla<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Una crítica a la labor codificadora en esta materia en, **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajador*, *op. cit.*, p. 282. La responsabilidad del empresario, al igual que en la LAT<sup>22</sup>, se extiende (art. 145 CT<sup>26</sup>) a todos los supuestos que no estén derivados de fuerza mayor extraña al trabajo (debiéndose entender existente “cuando sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el ejercicio de la profesión de que se trate”) y a los accidentes que no estén motivados por la imprudencia del trabajador, salvo que se trate de imprudencia profesional (entendida como “la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira”). Según el art. 150 CT<sup>26</sup> “se considerará incapacidad temporal, a tenor del artículo anterior, toda lesión que esté curada dentro del término de un año, quedando el obrero capacitado para el trabajo que estaba realizando al sufrir el accidente”. Y el art. 148.1 CT<sup>26</sup> establece que el período de suspensión máximo es de un año (idea que se reitera en el art. 199 CT<sup>26</sup>) y el importe que debe satisfacer el empresario es de 3/4 del jornal diario del trabajador. De todos modos, al igual que sus precedentes, no se reconoce expresamente la suspensión de la relación de trabajo ni tampoco un derecho a la reserva del puesto de trabajo. En este sentido, el Capítulo III – arts. 18 a 24 CT<sup>26</sup> (que pertenece al Título I, del Libro Primero - titulados del “contrato de trabajo en general” y “del contrato de trabajo”, respectivamente), pese a estar titulado como “de la suspensión y de la terminación del contrato de trabajo”, únicamente se refiere a la incorporación a filas como causa suspensiva. Por otra parte, el art. 53.3 CT<sup>26</sup> regula la suspensión de la relación de trabajo por enfermedad de los trabajadores del mar.

<sup>132</sup> No obstante, debe entenderse que la normativa precedente sigue en vigor. Con posterioridad, el Decreto Ley 22 de marzo de 1929 (Gaceta 24 de marzo), regula el seguro de maternidad. En concreto, el art. 3.2.1º reitera el reconocimiento de un periodo de descanso *obligatorio* de 6 semanas después del parto. Por otro lado, la mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo podrá disfrutar de un descanso de 6 semanas previas al parto, cuando presente certificación médica o de la comadrona en la que se declare que el alumbramiento sobrevendrá probablemente en el plazo de 6 semanas (art. 3.2.2º Decreto-Ley 22 de marzo 1929). Normativa que se complementa el Decreto 29 de enero 1930 (Gaceta 1 de febrero) que regula el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Maternidad.

<sup>133</sup> Art. 19 CT<sup>26</sup>: “Para el personal del Estado, de la Provincia o del Municipio, o de Establecimientos, Empresas o Sociedades intervenidas, o subvencionadas o que tengan contratos con aquéllos, que desempeñen cargo en propiedad y que hubiera sido destinado a Cuerpo del Ejército o de la Armada, se considerará en suspenso el contrato mientras permanezca en filas”. Con carácter previo, en un sentido mucho más amplio, el art. 94 del Proyecto de 1919 de Burgos y Mazo, dispone la facultad del obrero de suspender el contrato por causa “muy justificada, perdiendo su jornal. Si es obrero técnico de difícil sustitución, queda obligado a poner un sustituto. Si no lo pusiere y causare al patrono un perjuicio efectivo, abonará a éste una indemnización del fondo de responsabilidad”.

<sup>134</sup> Precepto que tiene su origen en el Decreto 20 junio de 1902 (Gaceta 22 de junio), en el que se establecen las estipulaciones sobre el contrato de trabajo que deben consignarse en las contrataciones de obras públicas.

## 2.5.- La creación de los Tribunales Industriales.

La creación de un órgano jurisdiccional específico para resolver ciertos conflictos derivados de las relaciones contractuales entre empresarios y ciertos trabajadores tiene una extraordinaria trascendencia en la configuración del principio de estabilidad en el empleo, especialmente, porque facilita el acceso a la Administración de Justicia, incrementa la probabilidad de que los comportamientos ilícitos no queden impunes y, sobre todo, porque ofrece una solución procesal para el cumplimiento de la condena del empresario por la extinción injustificada del contrato que llegará hasta nuestros días.

Ley 19 de mayo 1908<sup>135</sup> de Tribunales Industriales es la respuesta del Legislador ante las dificultades para garantizar un proceso judicial en condiciones de igualdad entre trabajadores y empresario en la jurisdicción civil<sup>136</sup>. La idea del Legislador es articular un modelo jurisdiccional simple, despojado de los elementos que lo convierten un proceso lento y costoso, y que, sobre todo, garantice una solución con la mayor brevedad posible<sup>137</sup>. En definitiva, se persigue un abaratamiento del acceso a la Justicia. En lo concerniente a la extinción del contrato, aunque no se prevea un régimen específico, es claro que lo que se

---

<sup>135</sup> Gaceta 20 de mayo.

<sup>136</sup> Conviene tener presente que el ámbito subjetivo de la Ley de Tribunales Industriales de 1908 se circunscribe a la “la persona natural o jurídica, el aprendiz o dependiente de comercio que presta habitualmente un trabajo manual por cuenta ajena y cualquiera otra asimilada por las leyes al trabajo manual. Se exceptúan todas aquellas personas cuyos servicios sean de índole puramente doméstica” (art. 2).

<sup>137</sup> A pesar de que la Ley 19 de mayo 1908 (Gaceta 20 de mayo) atribuye a los Tribunales Industriales el conocimiento de las reclamaciones civiles entre patronos y obreros, o entre obreros del mismo patrono, derivadas del incumplimiento o rescisión de los contratos de arrendamientos de servicios, trabajo y aprendizaje (art. 5, primero), la jurisdicción civil continuó asumiendo el conocimiento de un gran número de asuntos (lo que tendrá una repercusión directa en la configuración del principio de estabilidad en el empleo). En efecto, la Ley de 1908 no crea directamente los Tribunales Industriales, sino que faculta al Gobierno para que por Decreto determine su establecimiento “en la cabeza de un partido judicial, con jurisdicción sobre todo el territorio del partido, siempre que lo estime oportuno y a petición de obreros y patronos del territorio”. En virtud de esta disposición, éstos se crearon en todas las capitales de provincia y en algunas ciudades cabeza de partido judicial, a través del Decreto 20 de octubre 1908 (Gaceta 21 de octubre).

Debe añadirse que los Tribunales Industriales no tenían el monopolio jurisdiccional sobre las relaciones de trabajo, dado que en virtud del art. 5 de la Ley de 1908 siempre era posible la sumisión expresa o tácita a la jurisdicción ordinaria. No obstante, la implantación de estos órganos jurisdiccionales fracasó debido a las imperfecciones técnicas y carencias propias del modelo creado, y de los 254 creados sólo funcionaron 25, por lo que el tratamiento de cuestiones laborales por la jurisdicción civil no disminuyó excesivamente. Posteriormente, el art. 2 de la Ley de Tribunales Industriales de 1912 (Gaceta 23 de julio), al igual que la de 1908, autoriza al Gobierno a crear estos órganos jurisdiccionales a iniciativa propia, sin que sea necesaria la petición previa de los obreros y patronos. Además se excluye la posibilidad de que las partes se sometieran de forma expresa o tácita a la jurisdicción civil. Sin embargo, las dificultades organizativas y económicas impidieron nuevamente la efectiva implantación de estos órganos y, por ello, la utilización de la jurisdicción civil en materia social se mantuvo sin excesivos cambios. Finalmente, el CT<sup>26</sup> mantiene los órganos jurisdiccionales creados en 1908 y autoriza al Gobierno a crear nuevos (art. 429). De todos modos, el art. 464 CT<sup>26</sup> mantiene el reconocimiento de la competencia del juez de primera instancia, en tres supuestos: cuando el tribunal no estuviera formalmente constituido, cuando el tribunal no su hubiera podido constituir por ausencia de los suplentes de los Jurados o cuando existiendo no se hubieran reunido los suficientes en la segunda citación. Paralelamente al reconocimiento de esta competencia residual, los problemas para la celebración de las elecciones de los jurados (paralizadas durante 8 años) junto con los habituales problemas económicos, impidieron nuevamente la efectiva implantación de los Tribunales Industriales, lo que se tradujo en el mantenimiento de la actividad de la jurisdicción civil para cuestiones laborales en niveles relativamente altos. *Ver* al respecto **MONTERO AROCA**. *Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Primera: los tribunales industriales*. RT, nº 43, 1973, p. 101 a 103; y 114 y ss.

pretende es que el trabajador perciba prontamente una compensación económica (a fin de paliar en la medida de lo posible su sobrevenida falta de ingresos). La falta de previsión de una fase dentro del proceso dirigida a que el trabajador pueda probar la existencia y cuantía del daño padecido por el incumplimiento injustificado del contrato y, sobre todo, la redacción del art. 27<sup>138</sup>, obligando al Juez a incluir en las sentencias la traducción líquida de todas las obligaciones de hacer o no hacer, para el caso de que el deudor se negara a cumplirlas, así lo evidencia<sup>139</sup>. Repárese que, de este modo, el Legislador implícitamente está priorizando la prestación por equivalente, en perjuicio de la prestación *in natura* (con el consiguiente riesgo de que en la traducción líquida de la obligación del deudor deje de computarse la cuantificación económica de los daños y perjuicios – fenómeno bastante probable, al no preverse una fase probatoria). Y, esta opción de política legislativa, parece dar respuesta al principio de economía procesal.

La trascendencia de esta opción de política legislativa traspasará el período histórico objeto de análisis, hasta el punto de que, como se expondrá posteriormente al detalle<sup>140</sup>, el sistema jurídico vigente en la actualidad es una mera especificación de lo previsto en la Ley de 1908.

Es probable que la introducción de estas medidas tuviera un cierto efecto en el respeto al cumplimiento de lo acordado por parte del empresario y, por ende, a la estabilidad contractual. Al incrementarse las probabilidades de que la extinción injustificada fuera acompañada de algún tipo de sanción efectiva, es probable que el empresario tuviera más incentivos a cumplir lo pactado o, al menos, a hacerlo con mayor intensidad que conforme al modelo jurisdiccional civil.

Por otra parte, aunque la norma no lo impida, puede entreverse que el incremento de las facilidades para acceder a una pronta compensación se hace a costa de dificultar que el trabajador perciba una íntegra compensación (como sucedería si hubiera acudido a la jurisdicción civil - aunque sin olvidar que con escasas probabilidades de éxito). Sin duda, la renuncia implícita a la *restitutio in integrum* que la acción ante los Tribunales Industriales comporta se hace a cambio de una pronta compensación. Y, la evolución posterior de la normativa procesal española se centrará en mayor medida en acelerar el percibo de la

---

<sup>138</sup> Concretamente, “si la sentencia contuviera condena de hacer ó de no hacer, se fijará en ella la importancia de los daños y perjuicios, para en caso de incumplimiento por el condenado, cuando el hecho fuese personalísimo. Si el juez y los jurados declarasen la malicia ó temeridad de alguno de los colitigantes, podrán imponerle una multa del 10 por 100 del interés del asunto, no pudiendo pasar de 500 pesetas”. Un análisis de la gestación de este precepto, en **GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO**. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 766 y 767. Autores que estiman que la reacción del Legislador de 1908 se debe “al intento de superar la dificultad de probar los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido por el incumplimiento empresarial de la obligación de readmitirle” (p. 766).

<sup>139</sup> Precepto que será sensiblemente modificado por la Ley de Tribunales Industriales de 1912, recogándose esta última redacción sin apenas modificaciones en el CT<sup>26</sup>.

<sup>140</sup> *Vid.* el análisis del despido en el *Apartado C del Capítulo IV* de esta *Primera Parte*.

compensación económica. Aspecto, el de la pronta compensación, que con el tiempo se erigirá en una cuestión extraordinariamente relevante, pues, la ausencia de un seguro de desempleo que palie los efectos de la pérdida del empleo, convertirá a la indemnización por la extinción injustificada del contrato en la principal medida contra el desempleo involuntario.

La cuestión es que la convicción de que el trabajador no tiene recursos suficientes para costear un proceso en las mismas condiciones que el empresario calará hondo en la lógica procesal laboral, condenando a los trabajadores a cargar con una parte importante de los costes derivados del comportamiento ilícito del empresario (o lo que es lo mismo, al reducirse la carga económica que potencialmente puede estar obligado a asumir el empresario, se disminuyen los elementos disuasivos para que éste se comporte de acuerdo con lo que socialmente se estima como deseable).

## ***2.6.- Recapitulación.***

El análisis de la lógica jurídico-liberal que se ha efectuado, fundamentalmente, ha pretendido describir los motivos jurídicos por los cuales, en un determinado contexto político-social, se empezará a exigir una mayor protección de la conservación del negocio jurídico. Análisis que, por otra parte, también nos ha permitido identificar aquellos elementos esencialmente liberales que se pasarán a formar parte de la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo, asumiendo, por cierto, un papel esencial. En definitiva, lo que se ha pretendido es destacar los elementos conceptuales que van a posibilitar el tránsito desde la concepción liberal del principio de conservación del negocio jurídico al principio de estabilidad en el empleo.

En resumen, la impronta de la lógica liberal en la construcción de los pilares sobre los que se estructurará el principio de estabilidad en el empleo en sus diversas proyecciones es mucho mayor de lo que en un principio pudiera pensarse. La exigencia del preaviso en los contratos indefinidos, la previsión de períodos de prueba de duración limitada, el sistema de causalidad para resolver los contratos sometidos a término y la concepción restrictiva del concepto de “justa causa”, el reconocimiento de la suspensión de la relación de trabajo en determinados supuestos y la creación de órganos jurisdiccionales específicos para resolver las disputas vinculadas a las cuestiones “obreras” (a fin de facilitar el acceso a la jurisdicción así como una pronta compensación), son – todos ellos - aspectos que, desde la perspectiva que ofrece el transcurso de la Historia, se desvelan absolutamente esenciales para comprender este principio vertebrador del Derecho del Trabajo. Especialmente, porque muchos de ellos siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

A partir de este instante y sobre la base de estos pilares, de forma lenta pero progresiva, siguiendo la denominada “táctica del aplazamiento”, el Legislador irá tomando conciencia (o se verá forzado a ello) de la necesidad de incrementar los mecanismos de protección del empleo existente, pues, la necesidad de salvaguarda la paz social así se lo impone.

La reforma de 1928, como se analizará a continuación, vendrá a confirmar esta tendencia, pudiéndose afirmar, entonces, que la “inoculación” de lo social en el armazón liberal será un éxito (aunque postergado). Sin que, por el momento - conviene advertir -, estos “desajustes” en la matriz liberal se traduzcan en un cambio de paradigma.

### ***3.- El Real Decreto 22 de julio 1928: primera manifestación de la protección del empleo a través del derecho de los contratos y de las obligaciones.***

El tratamiento normativo de la estabilidad en el empleo, entendida como reacción a la lógica liberal imperante, tiene un reconocimiento muy tardío en el Derecho del Trabajo español. Entendemos que la primera manifestación normativa no se produce hasta 1928. En concreto, con la reforma operada en el Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional de 1926 (DLOCN<sup>26</sup>) y, concretamente, en la modificación de algunos aspectos de su art. 17<sup>141</sup>.

Como se sabe, a partir de 1928, la extinción injustificada del contrato sometido a término obliga al empresario a la readmisión del trabajador. A pesar de la timidez de la reforma (pues, se articulan mecanismos para soslayar fácilmente esta obligación), puede afirmarse que esta norma marca un punto de inflexión en la evolución de la conformación del principio de estabilidad, pues es la primera manifestación normativa – al margen de las puntuales y tímidas referencias a la suspensión - que pone en entredicho los postulados liberales que, hasta la fecha, han monopolizado conceptualmente la regulación de las relaciones por cuenta ajena. Posteriormente, como se expondrá<sup>142</sup>, sobre la base del carácter social del Estado proclamado en la Constitución de 1931, se incrementarán los esfuerzos por consolidar este principio<sup>143</sup>. Tarea que evidentemente no estuvo exenta de obstáculos y dificultades.

La intensificación de la intervención del Estado en la regulación de las relaciones laborales, especialmente, en la salvaguarda de la continuidad del vínculo contractual, tiene un indudable interés desde el punto de vista del principio de estabilidad en el empleo.

---

<sup>141</sup> Si bien es cierto que con anterioridad, la extinción del contrato está supeditada a la existencia de una causa, en puridad no puede entenderse que la estabilidad en el empleo, sea un valor jurídico que deba alcanzar el sistema normativo. No debe olvidarse que, la causalidad, es una medida inserta en la lógica liberal y, por ende, sólo dirigida a preservar la seguridad del tráfico jurídico en los contratos de duración determinada.

<sup>142</sup> *Vid. Epígrafe II del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).*

<sup>143</sup> Art. 1 CE'31: “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia”.

Especialmente, si se tiene en cuenta que, a medida que aumenta la preocupación por el desempleo (sobre todo, a partir de 1929) y se mantiene la negativa a constituir el seguro de desempleo (por temor a sus repercusiones en la conducta de los afectados y en las arcas del Estado), las posibilidades de prevenir los perjuicios que irroga el paro quedan circunscritas a la adopción de medidas próximas al seguro privado, y sobre todo, a *medidas que traten de anticiparse o prevenir su advenimiento*. Esto es, a medidas que, por lo menos, traten de asegurar que las personas empleadas no acaben perdiendo su puesto de trabajo.

El escaso talante innovador del CT'26 no comportó, como se ha visto, una desvinculación de la institución del despido a los principios liberales del pasado. La superación de esta parálisis evolutiva se produce con el Decreto 22 de julio 1928 que reforma algunos aspectos del régimen corporativo de 1926<sup>144</sup>. Es muy importante tener en cuenta que se trata de una reforma del sistema corporativo y, sobre todo, que se le están atribuyendo facultades jurisdiccionales. Así pues, antes de analizar el impacto de la readmisión en la configuración de la estabilidad en el empleo, conviene prestar cierta atención en la contextualización jurídico-política de la reforma 1928.

### ***3.1.- Aspectos generales de una reforma procesal.***

El Decreto 22 de julio 1928 nace con la pretensión de coordinar los Comités Paritarios con los preceptos jurisdiccionales del CT'26. Lo que, sin duda, provoca una alteración sustancial en la distribución de las competencias judiciales<sup>145</sup>. Circunstancia extraordinariamente relevante porque da luz sobre el sentido de la reforma de 1928. Efectivamente, en términos generales, el Decreto es una sucesión de mandatos dirigidos a los miembros de los Comités

---

<sup>144</sup> Con carácter previo es preciso mencionar que la doctrina no es pacífica respecto de la fecha de este texto legislativo. Algunos autores sostienen que a pesar de que la exposición de motivos lleva la fecha de 22 de julio, el texto fue firmado el 30 del mismo mes. **MONTERO AROCA**. *Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Segunda: los Comités Paritarios y los Jurados Mixtos*. RT n° 54-55, 1976, p. 64; **LAVADO MOLINA**. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*. RPS n° 115, 1977; y **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 49, p. 68.

En cambio, **RODRÍGUEZ-PIÑERO** sostiene que la fecha de promulgación es la anterior en el tiempo. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.* A pesar de la escasa trascendencia práctica de la discusión, de acuerdo con el texto reproducido en la obra, 'La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal al 1936'. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1987, en este trabajo se opta por mantener como fecha el 22 de julio 1928.

<sup>145</sup> Art. 17.3 DLOCN'26: "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". Con carácter previo a esta reforma consúltese el contenido de la Orden n° 71 9 de enero 1928. No obstante, debe recordarse, que no es el primer órgano corporativo al que se le atribuyen competencias jurisdiccionales dado que el art. 21 DLOCN'26 en su redacción original de 1926 atribuye a las Comisiones mixtas la facultad de conocer para su aprobación. También debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 21, párrafo 2º, del Decreto 8 de marzo 1929 por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Organización Corporativa Nacional (en adelante, TRDLOCN'29).

Paritarios que tienen por finalidad pautar el proceso de despido. Extremo sumamente destacable, por novedoso, si se compara con la parquedad de la normativa que regla los procedimientos ante los Tribunales Industriales y la jurisdicción civil. No cabe duda que el esfuerzo de concreción es muy notable. Si bien es cierto, que ello es motivo de aplauso, pues contribuye al incremento de la seguridad jurídica, no parece que ésta sea la finalidad prioritaria del Legislador. Si ese hubiera sido el objetivo perseguido, debería haber reformado no sólo la Ley de Organización Corporativa Nacional, sino también el Libro IV del Código de Trabajo y la LEC, pues, la jurisdicción civil y los Tribunales Industriales siguen manteniendo competencias jurisdiccionales en los casos de despido, allí donde no estén implantados los órganos corporativos<sup>146</sup>.

Aunque se aspirara a que la implantación de los órganos corporativos fuera una realidad a corto plazo, es manifiesto que su extensión fue más bien escasa<sup>147</sup>. Por tanto, el transcurso de 2 años desde la promulgación del DLOCN'26 (1926), es un período de tiempo suficiente como para constatar las dificultades de este propósito. En otros términos, al redactarse la reforma de 1928, es muy probable que se supiera que ello provocaría la existencia de diversos órganos jurisdiccionales con competencia en materia de despido y que la situación aún tardaría en resolverse. Por este motivo, es posible que la exhaustividad con la que se monitoriza el proceso ante los Comités sea el fruto de las reticencias del Legislador y del sector empresarial a este nuevo órgano jurisdiccional y el temor a su posible (o probable) falta de imparcialidad. Reservas que, quizás, impulsaron al Legislador a delimitar con mayor precisión las funciones de sus miembros, y en especial, del Presidente del Comité, lo que acabará repercutiendo negativamente en la protección de los intereses de los trabajadores<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> En términos similares, HOSTENCH critica la determinación de los efectos sustantivos del despido en un norma procesal, y considera que “el lugar que les correspondería es el Código de trabajo en el Capítulo II del Libro I” y “porqué no adicionar los últimos preceptos del Decreto 30 de julio 1928, que son sustantivos, al Código de Trabajo para completarlo como cuerpo legal determinador?”. HOSTENCH. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 48 y 112.

<sup>147</sup> “La sustracción de jurisdicción a los Tribunales Industriales sólo se podía producir a medida que los distintos Comités y Comisiones se fueran constituyendo, lo que sólo muy incipientemente, debido a la breve duración de la experiencia corporativa; con lo que de hecho, la jurisdicción de los Tribunales Industriales continuó, en gran medida intacta”. ALONSO OLEA. *Sobre la Historia de los procesos de trabajo*. RT, n° 15, 1966, p. 24.

<sup>148</sup> La asignación de funciones jurisdiccionales a órganos que en principio no lo eran, motivó una dualidad de jurisdicciones, que no se solventó hasta 1935, con la reforma de la Ley de Jurados Mixtos (aunque la Ley de Bases de Reforma de los Jurados Mixtos 16 de julio 1935, en realidad no llegó a entrar en vigor, siendo derogada por la Ley 30 de mayo 1938). El principal problema es que, junto al conflicto derivado de potenciales situaciones de solapamiento de competencias, la reforma de 1928 genera, a su vez, una dualidad de sistemas de derecho sustantivo. Si se tiene presente que la implantación de los Comités Paritarios no fue generalizada ni uniforme, allí donde no estuviera implantado, difícilmente podría aplicarse las innovaciones introducidas por el mencionado Decreto. Los problemas de implantación efectiva de la estructura corporativa se hicieron evidentes desde un primer momento. La creación de los organismos paritarios se fundamentaba en un requisito previo, consistente en la existencia previa de una Asociación profesional, *ex art.* 12.1 DLOCN'26 (*vid.* al respecto art. 12.2 y 3 DLOCN'26). Cuando la misma no existía, bastaba que los patronos y obreros interesados en la constitución del Comité paritario, designaran en reuniones separadas a sus representantes (art. 12.8 DLOCN'26). En este sentido, y en aras a extender la creación de estos organismos corporativos y evitar abusos y represalias, el art. 17.8 DLOCN'26 (que tiene su origen en la Orden 9 de enero 1928, Gaceta 13 de enero) extiende el ámbito de aplicación del Decreto 22 de julio 1928 a los supuestos en los que el Comité estuviera en fase de constitución (se aplica si se ha extinguido el contrato

De este modo, estos órganos corporativos, allí donde estén implantados, monopolizan el conocimiento de las causas derivadas por extinción anticipada e injustificada del contrato por tiempo fijo<sup>149</sup>. Innovación que, al crear una especialización orgánica, intensifica la problemática relativa a la pluralidad de jurisdicciones con competencia en materia laboral (lo que da pie a la existencia de diversas soluciones legales ante el mismo conflicto jurídico, en función del órgano judicial que lo conozca)<sup>150</sup>. Aspecto esencial en la conceptualización del principio de estabilidad en

---

en represalia por su intervención en la preparación del órgano corporativo). Aunque la existencia de una Asociación profesional no era el único problema. Desde la perspectiva patronal, la creación de los Comités Paritarios se recibe con recelo, motivando una abstención casi unánime de las Asociaciones respecto al derecho de elegir vocales. En cambio, los problemas de la clase trabajadora eran mucho más graves si se tiene en cuenta que la CNT, sobre la base de la acción directa, se negó a contribuir en la formación de los Comités Paritarios y a acatar sus acuerdos **ESTADELLA** y **ARÁN HORTS**. *El Fracaso de los Jurados Mixtos*. Editorial Reus. Madrid, 1936, p. 24 y 25. Además, en la composición de dichos órganos tampoco intervinieron las agrupaciones de signo comunista y católico. **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 154. Conflictos presentes también cuando se planteó la posibilidad de crear los denominados Consejos de Cooperación Industrial. *Vid.* al respecto, **ESPUNY TOMÀS**. *El projecte de llei d'intervenció obrera a la gestió de les indústries*. En "Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)". Càlamo. Mataró, 2007, p. 67 y ss.

Para los supuestos en los que existía una resistencia patente a la constitución del Comité, el art. 16 DLOCN<sup>26</sup> reconocía al Ministerio de Trabajo la facultad para nombrarlos de oficio. Por todo ello, la implantación de estos órganos corporativos no se desarrolló con la amplitud con la que se esperaba. Por otra parte, en los lugares en los que se realizó no estuvo exenta de intensos conflictos y discusiones. En consecuencia, dado que el Decreto 22 de julio 1928 introduce una reforma sustantiva incardinada en la reclamación ante el Comité Paritario, se produce una dualidad de estatutos jurídicos, aplicables en función del órgano jurisdiccional que conozca la causa (un ejemplo, en la STS 3 de enero 1930, núm. 5). Problema del que es consciente el Legislador y que plasma en el art. 17.13 DLOCN<sup>26</sup>. Pero no sólo eso, sino que, como se sabe, además es aplicable el CT<sup>26</sup> o el régimen de derecho común en función de si los trabajadores son *obreros* o no. Esta dispersión normativa, junto con la existencia de estatutos jurídicos paralelos describe un escenario jurídico extraordinariamente confuso. La aplicación simultánea, en lo sustantivo, del Decreto de 1928 y de los Códigos Civil, de Comercio y de Trabajo; y, en lo procesal, de la jurisdicción corporativa, la industrial y la ordinaria son muestras evidentes de la complejidad del sistema. Entuerto al que, además, debe añadirse las reticencias de los propios órganos jurisdiccionales a adaptarse al nuevo modelo jurisdiccional (como lo evidencia la STS 17 de junio de 1930, núm. 45 - en el mismo sentido, STS 15 de noviembre 1930, núm. 24). Y, en sentido contrario, adaptándose a la nueva legalidad, STS 1 de febrero de 1930 (núm. 112). Finalmente, la STS 10 de marzo de 1931 (núm. 24) parece aclarar la situación, reconociendo expresamente la competencia de los órganos corporativos en las reclamaciones de despido allí donde estén presentes (en el mismo sentido, SSTS 9 de enero 1931, núm. 22; 13 de febrero 1931, núm. 127; 17 de abril 1931, núm. 111 - *vid.* al respecto, **MONTERO AROCA**. *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*. Universidad de Valencia, 1976, p. 119 a 121). En cualquier caso, en esta problemática subyace la discusión relativa a la idoneidad de atribuir a los órganos corporativos competencias jurisdiccionales, y las reticencias de algunos colectivos para que esto no sucediera. Críticas fundadas, si se tiene presente que, por un lado, el nivel de politización de estos organismos paritarios era muy elevado (para la izquierda, los Comités paritarios eran un mero intento de imitación del sistema "mussoliniano", mientras que para la derecha, calificaban a estos órganos como peligrosas instituciones minadas por el socialismo. **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 160); y, por otro, los prejuicios clasistas de muchos de sus vocales hacían descartar la imparcialidad de sus resoluciones. Así, estos organismos lejos erigirse en un instrumento de paz y de concordia, se convirtieron en el terreno propicio para el desarrollo de la lucha social (**PÉREZ BOTIJA**. *Prólogo* a la obra de **CARRO IGELMO** *El despido justo*. Bosch. Barcelona, 1957, p. 15; y, en una descripción demoledora del funcionamiento de los organismo corporativos - aunque centrándose en los Jurados Mixtos -, *vid.* también **ESTADELLA** y **ARÁN HORTS**. *El Fracaso de los Jurados Mixtos*, op. cit., p. 22 a 31; y **MIGUEL Y ROMERO**. *El poder jurisdiccional del Estado y los Comités Paritarios*. RGLJ, 1930, nº 156, p. 563 y ss).

<sup>149</sup> No obstante, los Comités Paritarios no tienen atribuido en exclusiva el conocimiento de todas las cuestiones relativas al proceso de despido. En primer lugar, porque la jurisdicción ordinaria mantiene la competencia en dos casos: 1.- Para exigir en vía ejecutiva el cumplimiento de los fallos dictados por el Comité, avenencias de las partes o los laudos si fuera el caso (para **ALONSO OLEA** más que un órgano jurisdiccional debe hablarse de la atribución de actividad jurisdiccional a órganos no jurisdiccionales. **ALONSO OLEA**. *Sobre la Historia de los procesos de trabajo*, op. cit., p. 24 y 25); y 2.- Si hubo abandono por parte del trabajador y además produjo un perjuicio en el empresario, la determinación de la indemnización corresponde a la jurisdicción civil ordinaria.

<sup>150</sup> *Vid.* al respecto, **MONTERO AROCA**. *Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Segunda: los Comités Paritarios y los Jurados Mixtos*, op. cit., p. 41 y ss; **ALONSO OLEA**. *Sobre la Historia de los procesos de trabajo*, op. cit.; y **CABRERA CLAVER**. *El vigente derecho procesal de trabajo*. RGLJ, Tomo IV (172), 1942, p. 369 y 370.



el empleo, pero sobre todo en la naturaleza jurídica del despido, pues, como se analizará posteriormente<sup>151</sup>, contribuirá a rebatir las tesis que sostienen su *eficacia originaria*, pues, evidencia que el modelo de 1928 es principalmente una derivación de la lógica procesal prevista en 1908.

### ***3.2.- La readmisión como proyección del principio de estabilidad en el empleo.***

La readmisión, sin lugar a dudas, es – desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo - la novedad más trascendente de esta reforma. El Legislador, con la intención de “garantizar los derechos de los 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”<sup>152</sup>, realiza una apuesta legislativa firme por la seguridad jurídica del sistema, con la voluntad de no apartarse de la protección equitativa de los intereses de las partes implicadas. Así, en la búsqueda de este equilibrio, paralelamente al establecimiento de medidas protectoras para el trabajador, en aras a salvaguardar lo pactado, se observa la introducción de una serie de medidas “compensatorias”, con el fin de favorecer simultáneamente los intereses empresariales. En definitiva, ante situaciones de conflicto, el Legislador opta por buscar soluciones transaccionales. Veamos cómo se concreta este objetivo.

En tanto que la redacción del DLOCN’26 tiene un valor procedimental y de determinación de la jurisdicción, la intención del Legislador es articular un medio eficaz (rápido y barato) de canalización de las pretensiones de los trabajadores, a fin de favorecer su pronta reincorporación a su puesto de trabajo o, en su caso, un resarcimiento lo más rápido posible. Y, es bastante probable que la voluntad de preservar el empleo tuviera un papel destacado en la gestación de esta reforma (pudiéndose identificar una manifestación embrionaria del principio de estabilidad en el empleo).

Con este objetivo (pronta reincorporación o resarcimiento), se establece un procedimiento que permite la impugnación, en brevísimo plazo (48 horas), del despido ante los Comités Paritarios – art. 17.3<sup>153</sup>. Dentro de esta lógica protectora de los intereses de los trabajadores, se establece la obligación del patrono de readmitir al trabajador en un plazo de 48 horas, si no es capaz de acreditar la existencia de una causa que justifique el despido, o salvo que el trabajador hubiera encontrado una nueva colocación. Reacción que, desde la perspectiva

---

<sup>151</sup> *Vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).*

<sup>152</sup> Exposición de Motivos del Decreto 22 de julio 1928.

<sup>153</sup> Éstos, además, tienen atribuida la competencia para conocer las reclamaciones del patrono contra el obrero, por abandono de dicho empleo antes del término del contrato. Art. 17.9 DLOCN’26: Asimismo, podrá el patrono acudir al Comité Paritario contra el obrero que, sin justa causa, dé por terminado su contrato antes de analizar el plazo del mismo, dentro de los preceptos del Decreto-ley de 25 de noviembre 1926”.

de los postulados liberales, resulta extraordinariamente revolucionaria, pues, significa la imposición de una solución heterónoma con independencia de la voluntad de las partes (aspecto sobre el que nos detendremos con más detalle con posterioridad al analizar el régimen jurídico del despido en el TRET).

Otra de las novedades extraordinariamente relevante para los intereses de los trabajadores es la confirmación de la responsabilidad por mora del empresario en caso de resolución injustificada del contrato. En efecto, frente a la doctrina jurisprudencial que lo rechazaba, por entender que daba lugar a un enriquecimiento injusto<sup>154</sup>, el Decreto de 1928 trata de reconducirla y explicita la obligación del empresario de abonar los salarios de los días que medien entre el despido y la readmisión o, en su caso, la nueva colocación<sup>155</sup>.

En “compensación” a estas mejoras, el Legislador introduce una serie de medidas que las neutralizan notablemente. Como premisa de partida, es claro que la reforma no pretende modificar el sistema causal vigente ni la lógica liberal resolutoria<sup>156</sup>. Siguiendo el planteamiento del CT<sup>26</sup>, se prohíbe a ambas partes dar por terminado el contrato antes del vencimiento del

---

<sup>154</sup> El trabajador despedido sin causa “puede pedir el cumplimiento de lo pactado o la indemnización de los perjuicios que se le hubieran causado, en la cuantía que señalen los tribunales según las pruebas aportadas, con arreglo a las normas del Derecho civil, teniendo en cuenta que el mero incumplimiento de un contrato de trabajo no es por sí solo motivo de indemnización, pues para que ésta se otorgue ha de probarse que se originaron perjuicios concretos, en determinada cuantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, bien entendido que la acción de cumplimiento del contrato es incompatible con la de su resolución con indemnización de perjuicios, según constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 28-8-1889 y 8-4-1903). No puede, *a priori*, tener derecho a reclamar la integridad de sueldos o jornales que hubiera podido 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 Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, *op. cit.*, p. 249. Lo cierto es que se trata de una interpretación un tanto forzada y que no se ajusta con precisión a la teoría del enriquecimiento injusto. Mientras que la pretensión por daños y perjuicios, que “necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño, la pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total, sin limitación de derecho, salvo algunas excepciones legales. En la segunda, la restitución tiene su objeto y su medida – salvo desviaciones concretas - en la cuantía del enriquecimiento”. **CASTÁN TOBEÑAS**. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Vol. V, Tomo I, vol. 2º, 8ª ed., Madrid, 1952, p. 536. *Cit.* **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Derecho de Daños*, *op. cit.*, p. 49. En consecuencia, el trabajador a pesar de estar recolocado, debería tener derecho al percibo de una indemnización que compensara las diferencias existentes entre el nuevo y el anterior empleo. En cambio, todas las recolocaciones se valoran de forma homogénea, sin discriminar entre las diferencias existentes. El criterio jurisprudencial es insensible al perjuicio económico y profesional que se pudiera derivar de este cambio. Sólo se atiende al criterio de la ocupación efectiva, omitiendo las diferencias cualitativas que pudieran darse, pues el trabajador se expone a perder las ventajas vinculadas a su puesto de trabajo y a una determinada permanencia en la empresa.

<sup>155</sup> Art. 17.6 DLOCN<sup>26</sup>: “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 hubiese colocado nuevamente”. En relación con la evolución de esta institución, *vid.* **LAVADO MOLINA**. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*, *op. cit.*

<sup>156</sup> **GALLART Y FOLCH**, en relación a la trascendencia de este Decreto, afirma que la “nueva redacción de la Ley Corporativa española no tenía, estrictamente considerada, sino un valor adjetivo, de procedimiento y de determinación de la jurisdicción, porque, en el aspecto sustantivo, no constituía ninguna modificación del régimen anterior”. Concretamente, afirma que “la división clásica de los contratos por su duración, en contratos por tiempo determinado o para una obra concreta y contratos por tiempo indefinido era aplicada sin modificación alguna a las relaciones de trabajo”. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 79.

Por otra parte, el hecho de que no se ampliara el listado de causas que pueden dar lugar al despido, fue criticado por un sector de la doctrina. **HOSTENCH**. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 142 y 143.

término, a no ser que concurra alguna de las causas de los arts. 21 y 22 del CT'26 (art. 17.2 DLOCN'26). Además, conviene recordar que el empresario sigue sin ser responsable de los incumplimientos motivados por circunstancias inimputables. En cuanto al plazo para impugnar, se produce una alteración del plazo de prescripción general de tres años para reclamar contra el despido, previsto en el art. 8 CT'26<sup>157</sup>. El fin perseguido por este cambio, según GALLART Y FOLCH, era tratar de atemperar, en lo posible, lo avanzado de la reforma y la reacción que había de producir, limitando los casos de aplicación<sup>158</sup>.

Sin embargo, siguiendo con la misma lógica que la prevista en la Ley de Tribunales Industriales de 1908, posteriormente recogida en el CT'26, para el caso de que el empresario no cumpla con la obligación de readmitir, se prevé que deberá pagar una indemnización de perjuicios entre 15 días y tres meses de salario, fijada por el Comité Paritario “por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación”<sup>159</sup>. Bajo el impulso del principio de economía procesal, con el fin de favorecer una pronta compensación al trabajador (liberándolo de la carga de continuar el proceso para el supuesto de que el empresario se niegue a readmitirlo), el Legislador se apresura a posibilitar el cumplimiento de la prestación *in natura* por su equivalente. La motivación que impulsa esta respuesta normativa es relativamente sencilla de constatar, pues, la articulación de un mecanismo de resarcimiento patrimonial es una consecuencia práctica que responde a determinadas necesidades de economía procesal. Es decir, ante eventuales situaciones en las que *se considera* que la readmisión no es posible, el Derecho prevé instrumentos que, con la finalidad de solventar el problema de la inejecución, tratan de compensar el perjuicio sufrido por el trabajador. La finalidad originaria de la norma - la readmisión -, cede ante una medida pragmática que pretende que el perjuicio sufrido por el trabajador obtenga, al menos, la pertinente compensación (aunque la medida acaba resultando menos perjudicial para el empresario que para el trabajador). Reacción que, como se ha expuesto, ya recogían las normas procesales anteriores. Por este motivo, es lógico pensar que el sistema que subyace en la normativa procesal precedente se exporte a los órganos corporativos. Más aun, si se tiene en cuenta que operan simultáneamente con el resto de órganos jurisdiccionales<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Plazo que, a pesar de su extraordinaria reducción, debe seguir calificándose de prescripción. La configuración del plazo como de prescripción es admitido unánimemente por la jurisprudencia. *Vid.* al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*. RPS nº 85, 1970, nota 19, p. 83.

<sup>158</sup> GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>159</sup> Art. 17.7 DLOCN'26: “Si hallándose obligado el patrono a readmitir al obrero despedido y aún no colocado nuevamente, no quiere 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”.

<sup>160</sup> *Vid.* al respecto *supra*. La relevancia de esta circunstancia es, como se ha expuesto, extraordinaria por cuanto que contribuye a rebatir las tesis que defienden la eficacia originaria del despido y, más concretamente, su inspiración en el modelo extintivo alemán. *Vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*.

Repárese, además, que a diferencia del modelo precedente, la indemnización legal está tasada, lo que imposibilita que el trabajador pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios ante los órganos corporativos (admitiéndose en principio, si acude a la jurisdicción civil<sup>161</sup>). La tasación de la compensación es especialmente relevante, por cuanto que da mucha seguridad a este “peculiar mercado de daños”, pues, el empresario puede calcular anticipadamente el coste de su comportamiento ilícito. Certeza que, no obstante, queda notablemente debilitada por la imposibilidad de prever anticipadamente la cuantía a la que ascenderá su responsabilidad por mora (de todos modos, el Legislador no tardará en modificar la norma imponiendo un límite máximo).

Un aspecto sumamente importante al respecto y, sobre el que nos detendremos con mayor detalle en la *Segunda Parte* de este estudio, es que, desde el momento que el Legislador “tasa” el ejercicio de una determinada actividad (en este caso, la resolución injustificada del contrato), debe presumirse que con esta decisión se está fijando la intensidad con la que quiere que se produzca (en este caso, el número de extinciones injustificadas que socialmente se estima como deseado). Está describiendo un nivel de disuasión<sup>162</sup>. Desde la perspectiva analítica de la economía es claro que el Legislador está poniendo un precio de salida al contrato y que la estabilidad dependerá del coste de oportunidad del empresario. En definitiva, está definiendo el nivel de riesgo que la sociedad está dispuesta a aceptar, el nivel de estabilidad en el empleo que se estima como óptimo. Lo que no quiere decir que, desde una perspectiva de la dogmática jurídica, el despido deje de ser un supuesto resolutorio, ni mucho menos. Sin perjuicio de las objeciones que se expondrán posteriormente a las tesis que defienden la eficacia originaria del despido<sup>163</sup>, a nuestro entender, la identificación del despido con la institución del desistimiento indemnizado, que sostiene un sector de la doctrina laboral, parece ser, en parte, el resultado de la confusión en el uso de las metodologías analíticas. El hecho de que desde la economía se interprete que el régimen del despido gravita alrededor de un precio de salida y de un coste de oportunidad del empresario, no debería llevarnos a transformar las instituciones jurídicas y entender que lo que es un despido, esto es, una resolución por incumplimiento imputable, pase a convertirse en un desistimiento. Si se admitiera este planteamiento, lejos de la interdisciplinariedad, estaríamos substituyendo un saber (el jurídico) por otro (el económico).

Paralelamente, más allá del acierto o no de las previsiones del Legislador de 1928, desde la perspectiva de la estabilidad, esta mecánica operativa es extraordinariamente relevante, pues, dibuja un espacio de *estabilidad real* para aquellos supuestos en los que el empresario no esté

---

<sup>161</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>162</sup> En términos similares, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Derecho del Trabajo y crisis económica, op. cit.*, p. 254.

<sup>163</sup> *Vid.* al respecto Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

dispuesto a abonar este *precio de salida*<sup>164</sup>. Extremo que puede exportarse perfectamente a la legalidad vigente. En definitiva, por tanto, a diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina, no puede afirmarse que la posibilidad de cumplir la prestación por equivalente en caso de extinción contractual sin justa causa, neutralice el *favor negotii* implícito en el sistema de extinción causal y en la posibilidad de cumplir por equivalente. O, dicho de otro modo, en lo que se refiere al régimen jurídico resolutorio, la readmisión forzosa no es el único mecanismo para garantizar la estabilidad real del trabajador<sup>165</sup>.

### 3.3.- *Recapitulación.*

En páginas precedentes hemos tratado de analizar cómo en un momento determinado de la historia española, el Legislador – probablemente inducido por las presiones sociales - hace una apuesta por la protección de la continuidad del contrato de trabajo. El contenido del Decreto de 1928 es, a los efectos de la conceptualización del principio conservativo, una valiosísima fuente de información, pues, denota claramente un cambio de tendencia. Pero no sólo eso, pues, - como se analizará<sup>166</sup> - el mérito de esta importante reforma es que es capaz de articular un modelo de protección del empleo frente al despido cuya vigencia se mantendrá hasta nuestros días.

Sin duda, pues, en nuestro objetivo de delimitar el contenido del principio de estabilidad en el empleo, la reforma de 1928 juega un papel destacado, aunque su importancia – conviene advertir - debe medirse debidamente. En efecto, a pesar de las mejoras, la incidencia de la reforma de 1928 en la *efectiva* protección de la estabilidad en el empleo con respecto al modelo anterior, y con el aplicable a las zonas en las que los Comités Paritarios no

---

<sup>164</sup> Repárese que en este sentido nos apartamos de la distinción que la doctrina laboral acostumbra a hacer entre la *estabilidad real* y la *estabilidad obligacional*. A nuestro entender, es discutible la distinción conceptual que la doctrina laboral hace entre la “estabilidad real” y la “estabilidad obligacional”; refiriéndose, en el primer caso, a los supuestos en los que el derecho de readmisión depende de una decisión del trabajador; y, en el segundo, a una decisión del empresario. **RIVERO LAMAS**. *Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, *op. cit.*, p. 210. En términos similares, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo*. RL. 1993 - II, p. 7; **VALDÉS DAL-RÉ**. *Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado*. RL. 2001 - I, p. 129. **DE LA VILLA GIL**, por su parte, utiliza el término “estabilidad propia”. **DE LA VILLA GIL**. *Problemas de estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 17. Sin pretender entrar a analizar esta cuestión por el momento, entendemos que la imposición de una sanción económica puede también erigirse en un sistema que garantice – empleando la terminología descrita – una “estabilidad real”: todo depende del importe de la sanción económica y/o del *coste de oportunidad* para el empresario. Parece compartir este criterio, **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 75.

Por tanto, tampoco puede aceptarse la idea de que, en la medida que la regulación reconoce el derecho a elegir entre la conservación del puesto de trabajo y cierta indemnización, significa que “prácticamente el trabajador no tiene ningún derecho asegurado a la conservación del puesto, pues ésta no es obligatoria sino sólo facultativa, porque depende de la decisión de otro; en este caso tampoco se trata de una efectiva estabilidad”. **KATZ**. *La estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>165</sup> Si el resarcimiento económico fuera astronómico probablemente se alcanzarían resultados similares que si se declara la readmisión obligatoria.

<sup>166</sup> *Vid.* al respecto, extensamente, *Apartado C*, del *Capítulo IV* de esta *Primera Parte*.

están operativos, sigue siendo ciertamente débil. El planteamiento del Legislador sigue sin poderse integrar en el seno de una acción política decididamente dirigida a garantizar la estabilidad en el empleo. Más allá de los institutos jurídico-positivos que tímidamente proyectan una cierta voluntad conservadora del negocio jurídico, la estabilidad en el empleo, como “principio” sigue en un estado embrionario. Como es lógico, los lastres del pasado permanecen fuertemente arraigados y, por consiguiente, el Legislador adopta una postura ambigua respecto de los intereses que deben ser objeto de protección. El cumplimiento del término pactado no pretende subvertir el orden liberal, sino que, respetando la esencia individualista y liberal, se acopla al modelo de relaciones laborales existente. El dogma de la autonomía de las partes permanece en esencia incólume, por lo que el Estado, actuando en congruencia con estos postulados, permanece relativamente alejado. Bajo esta premisa, sólo interviene normativamente para garantizar la provisionalidad del vínculo y el cumplimiento de lo acordado (sometimiento a los actos propios). La opción por la continuidad de la relación contractual se inserta dentro de la lógica de la protección frente al *despido*, y en consecuencia, exclusivamente circunscrita a los contratos de duración determinada. En este ámbito contractual, la obligación a la readmisión se articula como un intento dirigido a garantizar el cumplimiento del término pactado. Cómo antaño, sólo se pretende reprimir las extinciones anticipadas injustificadas, lo que garantiza una cierta continuidad de la relación. Por contra, se mantiene la idea de la provisionalidad del vínculo, pues permanece inalterada la facultad de desistimiento en los contratos no sujetos a término. En consecuencia, la condena a la readmisión no comporta un cambio del paradigma de la relación de trabajo fijado en el Código Civil. El Decreto 22 de julio 1928 no altera la raíz del modelo de relaciones laborales liberal, porque sus innovaciones quedan circunscritas dentro de la lógica del derecho de obligaciones civil, vertebrada, como se sabe, entorno al principio de temporalidad del vínculo. Por este motivo, el debate relativo a la permanencia en el empleo se mantiene sumergido en una visión estrictamente liberal y queda muy lejos su calificación como un problema jurídico-público. Por otra parte, si bien es cierto que la reforma de 1928 introduce ciertas mejoras, también lo es que no dejan de ser cuestiones que, de algún modo, ya estaban previstas con anterioridad en el Derecho común. Antes de 1928, de la acción legislativa puede deducirse que la posibilidad de exigir el cumplimiento del término pactado es, en opinión del Legislador, una “causa perdida” (en base a la convicción del carácter infungible de ciertas obligaciones de hacer, calificadas como personalísimas – como la readmisión). De hecho, como se ha analizado, las normas procesales compelen al juzgador a determinar en la propia sentencia la cuantificación líquida del perjuicio sufrido por el trabajador por el incumplimiento de la obligación específica, para el caso de que el deudor se niegue a cumplir. En esencia, en tanto que se mantiene el régimen jurídico de la extinción de los contratos de duración indefinida, en términos generales, puede

afirmarse que el propósito del Decreto de 1928 es corregir la doctrina jurisprudencial contraria a declarar la mora del empresario y a orientar las normas procesales para que los trabajadores puedan percibir una compensación económica con la mayor celeridad posible.

Ahora bien, lo apuntado no impide que podamos afirmar que el Decreto 22 de julio 1928 pueda calificarse como un hito en la evolución del principio de estabilidad en el empleo, no tanto por comportar un incremento sustancial en la efectiva protección del empleo, como se ha visto; sino por el hecho de marcar un punto de inflexión en la concepción del papel que debe jugar el derecho de los contratos y de las obligaciones en la conservación de contrato de trabajo y, sobre todo, por ser la vanguardia de los cambios revolucionarios que se avecinan con la II República. Sin duda, el objetivo de la reforma es obligar al empresario, *ex lege*, a readmitir al trabajador en caso de despido sin causa<sup>167</sup>. Pero lo trascendente es que la readmisión es una manifestación de naturaleza heteronómica, en la que se plasma explícitamente el interés del ordenamiento jurídico por la protección del empleo, esto es, por salvaguardar la continuidad del contrato de trabajo como medio de satisfacer las necesidades biológicas del trabajador y de su familia<sup>168</sup>. Tampoco conviene olvidar que la reforma de 1928 (que fundamentará la que acaecerá en 1931) no es más que un estadio evolutivo más del régimen resolutorio liberal.

La reforma supone una nueva fórmula de tutela legal que tiene su origen en la sustitución del bien jurídico protegido. En esta reforma se *intuye* un cambio de paradigma, pues, es evidente que la neutralidad legislativa desemboca en la perpetuación y el agravamiento fáctico de la desigualdad. Circunstancia que, al viciar simultáneamente la negociación y el *ulterior* desarrollo de la relación contractual, revela las dificultades que el principio de *estabilidad contractual* plantea en las relaciones de trabajo por cuenta ajena. Frente a este planteamiento, se percibe que para una efectiva protección de los trabajadores (y rebajar la conflictividad social) debe tratar de conservarse su puesto de trabajo. Se puede afirmar, por tanto, que a partir de 1928, el conflicto existente entre autonomía de las partes y cumplimiento de lo acordado, “*empieza a desplazarse hacia*” el conflicto entre el aseguramiento de la permanencia del trabajador en la organización productiva y las facultades extintivas del empresario<sup>169</sup>. Así pues, la incidencia de la reforma de 1928 en la consolidación del principio de estabilidad en el empleo es indiscutible, pues, dota a la institución del despido de una serie de elementos característicos

---

<sup>167</sup> Circunscribiéndose la facultad del trabajador, ya que no puede exigir la prestación por equivalente.

<sup>168</sup> En este sentido, y sin enmarcarlo en el contexto del empleo, GALLART Y FOLCH afirma que “la evolución jurídica española en torno al problema del despido en el contrato de trabajo podemos decir que comienza en 22 de julio 1928, fecha de un R. D. dando una nueva redacción al artículo 17 del primitivo Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional, redacción en virtud de la cual se concedía a los Comités Paritarios jurisdicción en litigios sobre despidos de obreros”. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>169</sup> Paralelamente, como se sabe, la readmisión no implica la constitución de una nueva relación de trabajo, sino la continuación de la relación anterior al despido. Si se readmite, la sentencia que declara injustificada la decisión extintiva hace que el contrato prosiga con todos sus efectos jurídicos, manteniéndose los derechos y obligaciones de las partes sin necesidad de un nuevo acuerdo: el deber genérico de trabajo del trabajador y el salarial del empresario. Esto explica que la negativa del primero a ser readmitido se entienda como un incumplimiento de ese deber, lo que origina una nueva causa de despido o simplemente un abandono.

que le acompañarán hasta nuestros días. En suma, la readmisión adquiere una gran trascendencia porque marca un punto de inflexión en la percepción del Legislador respecto del mercado de trabajo, de los agentes que intervienen y, sobre todo, del papel que debe jugar en el mismo. Lo que induce a pensar que el principio de estabilidad en el empleo empieza a hacerse un hueco importante en el océano conceptual liberal. Sin embargo, este cambio se queda a medio camino, porque sólo se aplica a los contratos de duración determinada. Deberá esperarse a la II República para que esta protección se extienda sin distinción a la totalidad de contratos.



## ***II.- La estabilidad en el empleo como principio vertebrador del Derecho del Trabajo: 1931 a 1936.***

A fin de determinar el contenido del principio de estabilidad en el empleo hemos afirmado que su conceptualización se ha gestado de forma sucesiva a lo largo de varias etapas históricas. El análisis de la etapa que precede al período histórico republicano nos ha permitido identificar los “puntos de apoyo” sobre los que se asentarán los pilares que conformarán la estructura del principio de estabilidad en el empleo. El papel de esta etapa previa a la proclamación de la II República en la conformación de este principio es absolutamente capital.

Como se ha tratado de demostrar, la reforma introducida por el Decreto 22 de julio 1928 es el embrión de lo que constituirá el armazón principal del paradigma a partir del cual se articulará la protección del empleo durante las décadas posteriores. Sin duda, significó un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de las relaciones por cuenta ajena, sobre todo, en lo relativo a la percepción del mercado de trabajo por parte del Estado y, en especial, al papel de garante que debía desempeñar en él. Ante la desigualdad *inter partes*, el Legislador responde apostando (aunque, tímidamente) por la continuidad de la relación de trabajo. Todo ello pese a que el sistema sigue encorsetado, en lo esencial, en los principios estrictamente liberales.

Los cambios introducidos durante la II República son una muestra evidente del tránsito hacia una nueva concepción de las relaciones laborales y del papel que debe jugar el Derecho. Evidencia este cambio el art. 46 de la Constitución Republicana de 1931 (CE'31): “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes”<sup>170</sup>. Al amparo de este contexto constitucional, se desarrolla una variada y heterogénea paleta de instrumentos jurídico-positivos dirigidos a proteger la vinculación del trabajador a la organización productiva. Lo que sin duda evidencia (por vía inductiva) que la estabilidad en el empleo como “principio” eclosiona, adquiriendo carta de naturaleza fundamental y erigiéndose en uno de los elementos vertebradores por excelencia de esta nueva rama del ordenamiento jurídico que es el Derecho del Trabajo. El impulso que la acción legislativa de la II República dará a la estabilidad en el empleo será de tal envergadura que le dotará de un contenido e inercia que lo proyectará sin solución de continuidad, y sin apenas cambios estructurales importantes, a los posteriores textos legislativos (hasta nuestros días).

Como punto de partida de este cambio puede identificarse la superación de la *prohibición de la perpetuidad del vínculo* como axioma del trabajo por cuenta ajena. La sociedad asume que la continuidad del contrato de trabajo es una prioridad a la que imperativamente debe tratar de dar respuesta el Derecho a través de los planteamientos de la Teoría General de los contratos y

---

<sup>170</sup> Precepto que debe completarse con el reconocimiento paralelo de la libertad de toda persona de para elegir profesión (art. 33 CE'31).

de las obligaciones. Conviene tener presente que la “estabilidad” como objetivo a seguir, no sólo es una idea que subyace en múltiples institutos jurídicos, condicionando su contenido de un modo sustancial, sino que pasa a cumplir una *función directiva general* en el proceso de creación del Ordenamiento jurídico laboral, condicionando el contenido que haya que darse a las normas jurídicas en trance de elaboración (PALOMEQUE LÓPEZ). Por lo que lo primero (la existencia de instituciones jurídicas de promueven la continuidad del negocio jurídico) es consecuencia directa de lo segundo (la función directiva general de la estabilidad como fin al que se dirige el ordenamiento jurídico-laboral). Aspecto, sin lugar a dudas, clave para comprender la exégesis de este principio.

La consagración del principio de estabilidad en el empleo en 1931 es, sin duda, una forma de pacto social dirigido a paliar los problemas que el desarrollo económico planteaba a la reproducción y conservación de la clase obrera industrial, pero sin alterar sustancialmente la lógica del mercado. Así pues, se alcanza un estadio evolutivo en el que, despojándose de los lastres del liberalismo, *se aspira* abiertamente a que la relación paradigmática sea aquella que se desarrolla bajo las premisas de permanencia y estabilidad<sup>171</sup>. Circunstancia que conlleva un replanteamiento sustancial de la estructura y programa de cumplimiento del contrato, pues, siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, la “conservación del empleo no es un interés adicional coordinable con otros intereses igualmente merecibles de tutela en el mismo plano, sino que más bien constituye el pilar en torno al cual se desarrolla una nueva visión del negocio que se concluye con el contrato de trabajo”<sup>172</sup>. Factores que precipitan la consolidación del principio de estabilidad en el empleo como una manifestación privilegiada del *favor negotii*, convirtiéndose en uno de los principios vertebradores del (recién nacido) Derecho del Trabajo, y como tal, en el elemento sobre el que ha gravitado esta rama del ordenamiento jurídico y en la “idea” o “fin” inspirador de múltiples cambios legislativos.

A partir de este momento, esto es, asumido este paradigma, como ya se ha avanzado, el interés se centrará en otra tipología de cuestiones. En concreto, en decidir *qué riesgo quiere evitarse, con qué intensidad* y, consiguientemente, *con qué medios*. Desde esta perspectiva, la legislación republicana opta por dar cobertura a diversos riesgos que pueden amenazar a la continuidad del contrato de trabajo, articulando una paleta de medidas a fin de prevenirlos. Proceso, cuya gestación puede dividirse en dos fases, en función de la intensidad con la que el Estado interviene en el mercado de trabajo. La primera, se produce con el tránsito de la Dictadura de Primo de Rivera a la II República, y se plasma con la promulgación en 1931 de la LCT<sup>31</sup> y la LJM<sup>31</sup>. La segunda, se produce a partir de 1935 con la Ley 25 de junio 1935 de medidas transitorias para remediar el paro obrero. En este proceso evolutivo, el elemento que

---

<sup>171</sup> Vid. HINOJOSA FERRER. *La extinción del contrato de trabajo y el derecho relativo al despido*. RGLJ, 1942, p. 165.

<sup>172</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*. DL nº 9, 1983, p. 11.

actúa como catalizador de la transformación jurídica (derivada – no se olvide - de una mutación de la voluntad política), es esencialmente el problema del paro: a medida que se intensifica, el Legislador reacciona<sup>173</sup>. Factor sin el cual no puede comprenderse todo este proceso.

La *Primera Etapa* se caracteriza fundamentalmente por la neutralización de la *perpetua provisionalidad del vínculo*. La permanencia se erige en el elemento paradigmático del vínculo contractual, que puede ser de duración determinada o indefinida, pero, en cualquier caso, estable y firme. Como afirma MARTÍN VALVERDE, “desde el momento en que se ha reconocido que la continuidad de la relación de trabajo – la garantía más segura de subsistencia para los que carecen de medios de producción – es un interés del trabajador merecedor de tutela normativa, no ha habido otra solución que limitar o condicionar, en mayor o menor medida, la facultad de desistimiento de la otra parte del contrato”<sup>174</sup>. Así pues, tras la promulgación de la LCT<sup>31</sup>, el desistimiento queda circunscrito al período de prueba<sup>175</sup>.

La cuestión reside, por tanto, en averiguar el motivo que impulsa (o fuerza) al Legislador a orientar la legislación en esta dirección. Y, la crisis económica, el paro que la acompaña y la conflictividad que todo ello genera, se erigen, probablemente, en los factores que fuerzan con mayor intensidad estos cambios. Desde esta perspectiva, la acción legislativa republicana se centra en dos aspectos diferenciados.

Por un lado, atendiendo a la naturaleza del contrato de trabajo y a las características intrínsecas de esta disciplina jurídica, se decide incrementar o reformular la respuesta ofrecida por el Derecho común frente a riesgos que amenazan a la continuidad del contrato y que, de un modo genérico, pueden entenderse como comunes a la mayor parte de negocios jurídicos. Así, se trata de fortalecer la respuesta para evitar ciertas situaciones que provocan la invalidez del contrato, se alteran los efectos jurídicos prototípicos de determinados negocios novatorios y se postergan o se restringen los efectos extintivos de ciertos hechos imposibilitantes e incumplimientos imputables. Y, en este sentido, la evolución legislativa posterior se mostrará *muy poco dinámica*, no sólo porque prácticamente continuará actuando sobre los mismos riesgos, sino porque se mantendrá el mecanismo jurídico-positivo para evitarlos casi inalterado. Fenómeno cuya explicación, probablemente, resida en la convicción de que el Derecho ya ofrece una respuesta adecuada para alcanzar el nivel de estabilidad deseado en lo que respecta a este tipo de factores desequilibrantes.

---

<sup>173</sup> Dinámica legislativa muy similar a la que con anterioridad hemos calificado como “táctica de aplazamiento”, en virtud de la cual, los cambios legislativos se introducen al ralenti y con escasa previsión de futuro. De hecho, puede afirmarse - con PALOMEQUE LÓPEZ - que históricamente el elemento propulsor del Derecho del Trabajo en España es la crisis económica (concretamente la de los años 30). PALOMEQUE LÓPEZ. *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, op. cit., p. 20.

<sup>174</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 109.

<sup>175</sup> Regulado, como se ha apuntado anteriormente, en las normas sectoriales escritas de origen profesional y no recogido en el texto positivo, salvo por la remisión hecha al CT<sup>26</sup> para el contrato de aprendizaje. *Vid.* al respecto, MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 61 y ss.

Por otro lado, los esfuerzos se concentrarán en tratar de prevenir los efectos derivados de la contingencia con mayor potencial desestabilizador: la vinculada a los ciclos económicos. Convirtiéndose en el factor precipitador de los principales cambios legislativos laborales del Siglo XX. Y la evolución de las sucesivas medidas jurídico-positivas dirigidas a evitar las consecuencias de esta contingencia es la historia de un conflicto al que, hasta la fecha, no se ha sido capaz de hallar una respuesta adecuada o satisfactoria. Fenómeno que, como ya se ha avanzado (y como se expondrá detalladamente con posterioridad<sup>176</sup>), desde los parámetros de la estructura del contrato, se manifiesta como un desequilibrio contractual sobrevenido (que excede del *alea* normal previsto y) que afecta a la causa del contrato y que se traduce de dos modos: bien, en la configuración de diversas medidas legales posibles frente a niveles de desequilibrio contractual diversos; o bien, ante los problemas técnico-legislativos para poder describir dicho desequilibrio con precisión, en la búsqueda de un sistema de extinción injustificada (e indemnizada) del contrato que permita alcanzar el nivel de desempleo deseado.

Pues bien, a partir de estos vectores, la II República aspira (como política de Estado) a la perdurabilidad de la relación, habilitando variados instrumentos para posibilitar la adaptación del contrato a los sobrevenidos cambios que puede padecer (riesgos), y la disolución sólo se admite cuando responde a determinadas motivaciones, de modo que “el empresario ha de hallarse siempre dispuesto a aportar una justificación de su decisión de despedir”<sup>177</sup>. Por consiguiente, atendiendo a la articulación de ciertas medidas “preventivas” del riesgo que supone perder el empleo, emerge una idea de capital trascendencia: la extinción del contrato queda configurada como la “última” alternativa a un conflicto insalvable. Planteamiento al que *consustancialmente* va acompañado la configuración de este haz de mecanismos jurídicos dirigidos a preservar la seguridad en el empleo. En síntesis, el principio de estabilidad en el empleo sólo cobra sentido a partir del instante que conjuntamente se tienen en cuenta la totalidad de estas medidas, preparadas para ser aplicadas en función de la intensidad del desequilibrio que pueda padecer el contrato a lo largo de la duración pactada. Estas instituciones son: conservación del contrato a pesar de su nulidad parcial, la tácita reconducción en los contratos de duración determinada, el *ius variandi*, la continuidad del contrato en determinados casos de cambio de empresario, la suspensión y la sujeción de la extinción del contrato al principio de causalidad con independencia de su duración<sup>178</sup>.

Además, por primera vez en el ordenamiento jurídico español se declara la responsabilidad por riesgo del empresario en caso de extinción del contrato de trabajo por

---

<sup>176</sup> *Vid.* el análisis sobre la excesiva onerosidad efectuado en el *Apartado A* del *Capítulo IV* de esta *Primera Parte*.

<sup>177</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, p. 197.

<sup>178</sup> En cuanto al período de prueba (y, en concreto, su limitación), si bien es una institución que sufre un notable crecimiento en las normas sectoriales con ocasión de las reformas legislativas de 1931 y el consiguiente fortalecimiento de la estabilidad en el empleo, no se recogerá en norma positiva alguna, salvo la remisión al contrato de aprendizaje *ex* CT<sup>26</sup>.

causas a él no imputables. La importancia de esta medida es extraordinaria, pues, siguiendo el mismo planteamiento conceptual que el que inspira el régimen jurídico de los accidentes de trabajo, el empresario, como causante de la situación de riesgo y principal beneficiario, participa en la financiación de los costes derivados de la pérdida del empleo en situaciones de ineficacia contractual sobrevenida.

No obstante, como se ha apuntado, la respuesta legislativa para preservar la estabilidad en el empleo durante la II República sufrirá una evolución. En efecto, cuando el número de desempleados alcanza – en términos de GALLART Y FOLCH - “cifras astronómicas”<sup>179</sup>, se produce una verdadera *eclosión heterónoma*, en virtud de la cual, el Estado decide apostar definitivamente por la intervención<sup>180</sup>. Momento que marca el inicio de la *Segunda Etapa* apuntada. El desempleo adquiere plena trascendencia jurídico-pública cuando alcanza *dimensiones dramáticas*. Este cambio en la percepción del paro como problema *de Estado* lleva implícito la convicción de que el modelo liberal está agotado. Los poderes públicos deciden, entonces, intensificar sustancialmente su participación en el mercado de trabajo a través de todos los medios de que dispone. Sin que, por el momento se llegue a la creación del seguro de desempleo. Extremo sumamente importante, porque al abortar cualquier medida paliativa de los efectos del desempleo, empujará al Legislador a centrar su interés en la preservación del empleo existente. Es decir, en este escenario, paralelamente al aumento de la inversión pública, se decide que la única solución factible es garantizar, al menos, la continuidad y permanencia del empleo existente (aunque acabe generando subempleo)<sup>181</sup>. Para la consecución de este fin, se decide restringir la esfera de actuación del empresario<sup>182</sup>. A pesar de que se mantiene el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo, el interés individual empresarial queda relegado a un segundo plano y la “empresa” se convierte en el mecanismo de salvaguarda del empleo por antonomasia. Planteamiento *capital* en la configuración de la estructura jurídica dirigida a favorecer el *favor negotii*.

Acción, por otra parte, que, al suponer una honda injerencia (inédita hasta la fecha) en la libertad de iniciativa privada, encuentra numerosas resistencias. En efecto, las dudas y reservas suscitadas acerca de la efectividad y de las repercusiones del cambio, ralentizan considerablemente su plena ejecución. El estado de permanente convulsión y violencia latente que vive el país y la inminencia de la guerra civil se encargarán de dotar a estas normas de una

---

<sup>179</sup> GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 244 y 245. *Vid.* también el testimonio de un diputado republicano (Basilio ÁLVAREZ) en relación a la situación de paro, recogida en PALOMEQUE LÓPEZ. *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, *op. cit.*, p. 19 y 20.

<sup>180</sup> Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “el paro forzoso es el gran problema social de actualidad, la gran llega abierta y ensangrentada en la economía de nuestra sociedad contemporánea”. ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Derecho obrero*. Editorial Reus. Madrid, 1933, p. 174.

<sup>181</sup> *Cfr.* NÚÑEZ-SAMPER. *De la libertad de despido a la propiedad del empleo*. CPS nº 16, 1952, p. 59 y 60.

<sup>182</sup> En concreto, reconociendo al trabajador el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización, por un lado; y monitorizando, con carácter previo, las decisiones extintivas motivadas por crisis que afecten a un colectivo de trabajadores.

fugacidad extraordinaria, impidiendo la posibilidad de evaluar adecuadamente la verdadera trascendencia de las medidas introducidas por el Legislador republicano. Lo cual no obsta a destacar la relevancia y extraordinaria importancia del cambio desde un punto de vista conceptual (especialmente, de cara a la comprensión de nuestro modelo de relaciones laborales actual), desarrollándose, de algún modo, entre la frontera de lo simbólico y lo real.

Por otra parte, como se ha dejado entrever en las líneas precedentes, a lo largo de toda esta etapa de la Historia del Derecho español, la intensidad con la que el Legislador aspira a proteger el empleo existente está, a nuestro entender, muy ligada a ausencia de medidas legales dirigidas a paliar las consecuencias del desempleo. De hecho, puede afirmarse que existe una relación directa entre el paro, la voluntad de proteger la continuidad del empleo y las reticencias a crear un seguro de desempleo. Hasta el extremo de que, más allá de puntuales políticas de inversión pública de inspiración *keynesiana*, el principio de estabilidad en el empleo pasa a convertirse en la principal política de empleo del Legislador republicano.

En definitiva, la exposición de sigue, dividida en dos partes según las etapas descritas, tratará de dar un poco más de luz sobre los aspectos jurídico-positivos que *encumbran* al principio de estabilidad en el empleo en un pilar esencial definidor del Derecho del Trabajo, tal y como hoy lo conocemos.

## ***1.- Primera etapa, la extinción del contrato como última alternativa de un conflicto insuperable: La Ley del Contrato de Trabajo y la Ley de Jurados Mixtos de 1931.***

### ***1.1.- Consideraciones generales de la reforma procesal y sustantiva de 1931.***

Hasta 1931, a pesar de la intervención normativa realizada en otros países en materia de empleo e incluso en la OIT (de la que España forma parte), el paro no se percibe como un problema cuya solución pase por una intensificación de la intervención estatal. Durante la Dictadura de Primo de Rivera las medidas de previsión social quedan congeladas y se obvian las reformas de política económica, limitándose a dictar medidas puntuales de escasa relevancia (y poco atrevidas)<sup>183</sup>. Las estériles e interminables discusiones relativas a la necesidad de adoptar una acción económica más generalizada, los prejuicios y temores a la bancarrota del Estado y, sobre todo, el desconocimiento real de la trascendencia del paro, acaban paralizando cualquier iniciativa legislativa, por lo que la resolución de este problema queda en punto muerto<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> *Vid. supra.*

<sup>184</sup> *Vid. al respecto infra.*

Sin embargo, iniciada la década de los años treinta la dicotomía está servida, pues, frente a las viejas concepciones del pasado, surge con fuerza demoledora las indiscutibles cifras del paro y un incesante e inquietante malestar social. La aceleración con la que se incrementa el número de desocupados plantea un conflicto de proporciones desconocidas y virulencia imprevisible.

El advenimiento de la II República “modificó” sustancialmente el Derecho del Trabajo, precisándolo y adaptándolo a las necesidades económicas y sociales del momento. O, para ser más precisos, cabría decir que con la II República se produce el tránsito de la “legislación laboral” al “Derecho del Trabajo”<sup>185</sup>. Y la consolidación del propósito de salvaguardar la continuidad del empleo tuvo, sin duda, un papel destacado en este proceso. El cambio de régimen político propició un conjunto de reformas legislativas, especialmente en aquellas materias “íntimamente ligadas con el espíritu político o social de los que dirigieron la mutación”<sup>186</sup>. Esta voluntad innovadora se plasmó básicamente en la promulgación de la LCT’31 y la LJM’31<sup>187</sup>; y que se analizan a continuación.

1.- En la esfera procesal, la LJM’31 es heredera directa del sistema corporativo implantado en la Dictadura<sup>188</sup>. La LJM’31 mantiene la estructura básica de los Comités Paritarios, que ahora pasan a denominarse Jurados Mixtos<sup>189</sup>. Así, sus competencias jurisdiccionales se extienden, entre otras, al conocimiento de las reclamaciones de despido (arts. 19 y 45 LJM’31)<sup>190</sup>. No obstante, la reforma no altera la duplicidad jurisdiccional dado que

---

<sup>185</sup> *Vid.* al respecto, **VALDÉS DAL-RE**. *El Derecho del Trabajo en la Segunda República*. RL nº 8, 2006, p. 16 y ss.

<sup>186</sup> **GALLART Y FOLCH**. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Bosch. Barcelona, 1932, p. 226. En virtud del Decreto 15 de abril 1931 (Gaceta 17 de abril), el Gobierno de la República, con la voluntad de restablecer el poder de las Cortes, se dispuso a revisar profusamente la acción legislativa de la Dictadura. Para ello, se procedió a la derogación de cuantas disposiciones normativas se opusieran “a la preeminencia de la voluntad nacional (...) y al predominio (...) de las disposiciones normativas votadas en Cortes sobre los excesos de poder con que la Dictadura derogó aquellas” (Exposición de Motivos). Aunque con posterioridad, ante el vacío normativo que esta acción provocaría, el Decreto 24 de junio 1931 (Gaceta 25 de junio) excluyó de este proceso revisionista, como regla general, las normas con rango de Decreto o Orden; y otro Decreto de la misma fecha conservó 32 Decretos, “debiéndose considerar que no se ha interrumpido la vigencia y aplicación de ellos”. Entre los cuales, destaca el CT’26 y al Texto Refundido sobre Organización Corporativa Nacional 1929.

<sup>187</sup> Paralelamente, se dictan otras normas de suma importancia como la Ley de Colocación Obrera 27 de noviembre 1931, el Decreto 25 de mayo 1931 de previsión social contra el paro forzoso y el Decreto 30 de septiembre 1931 que establece el Reglamento de la Caja Nacional contra el paro forzoso. Normas todas ellas que serán objeto de análisis posteriormente.

<sup>188</sup> Con carácter previo se dictó el Decreto 7 de mayo 1931, sobre Jurados Mixtos en la Agricultura (Gaceta 8 de mayo), que anticipa el sistema corporativo que se implanta con la LJM’31.

<sup>189</sup> Salvo el aparente cambio, que se quiso transmitir con la modificación de su denominación, ambos sistemas corporativos participan de una estructura, funciones y funcionamiento, sino idénticas, extraordinariamente similares. Aunque se introducen algunos cambios, pues se eliminan las Comisiones Mixtas, y de esta forma se atribuyen sus competencias jurisdiccionales a los Jurados Mixtos (que pasan a convertirse en los órganos corporativos básicos).

<sup>190</sup> Aunque se prevé un límite de 2500 pesetas, éste sólo se refiere a “las reclamaciones de salarios y horas extraordinarias, pero no en cuanto al despido” (RMT 8 de septiembre 1933 [BMTPS, nº 40, p. 1412]).

subsisten los Tribunales Industriales<sup>191</sup>. Conviene advertir que, el paralelismo entre ambos sistemas corporativos trasladó, como no podía ser de otro modo, las dificultades y obstáculos que ya estaban presentes durante la vigencia de los Comités paritarios<sup>192</sup>: “teatro de las escaramuzas y a veces de las batallas de la lucha de clase que enfrentaban a los dos factores de la producción”<sup>193</sup>. Estas controversias surgidas en el seno de la organización corporativa, originó un “baile” legislativo considerable, repercutiendo sustancialmente (como se verá) en la regulación de la extinción de los contratos en situaciones de crisis y, en particular, en la delimitación del órgano encargado de resolver estas situaciones. Además, al igual que lo sucedido con los Comités Paritarios, es un factor que podría explicar el celo del Legislador por describir claramente sus funciones, probablemente, con el objeto de monitorizar sus actuaciones, a fin de restringir al máximo su discrecionalidad. Lo que, en tanto que repercutirá – entendemos - en la configuración de la resolución del contrato (como se expondrá posteriormente en este mismo Epígrafe), justifica en este momento un análisis pormenorizado.

En primer lugar, la doctrina contemporánea denunció la falta de idoneidad de estos organismos por diversos motivos<sup>194</sup>. Primero, por la escasa representatividad de los vocales,

---

<sup>191</sup> El conocimiento de las materias que no estén comprendidas en el listado de la LJM'31 corresponde a los Tribunales Industriales, así como aquellas cuyo importe supere las 2500 pesetas. Asimismo, al igual que sucedía con DLOCN'26, los Jurados Mixtos carecen de competencia para ejecutar sus propios acuerdos (art. 71 LJM'31), quedando encomendada dicha competencia al juez de primera instancia. Los Tribunales Industriales se mantendrán hasta la promulgación de la Ley 16 de julio 1935 (Gaceta 17 de julio). No obstante, a través de los Decretos 26 de julio 1935 (Gaceta 27 de julio) y 30 de diciembre 1935 (Gaceta 2 de julio) se establece la continuidad de estos órganos jurisdiccionales hasta que no se renueven las representaciones de los Jurados Mixtos y se cree el Tribunal Central del Ministerio de Trabajo, quedando definitivamente restaurados a través de la Orden 1 de julio 1936 (Gaceta 2 de julio). El funcionamiento de los Tribunales Industriales y los Jurados Mixtos, se mantiene hasta que al crearse las Magistraturas de Trabajo por el Decreto 13 de mayo 1938 (BOE 3 de junio) quedan definitivamente suprimidos. Aunque con posterioridad se dictan los Decretos 15 de junio 1939 (BOE 7 de julio) y 17 de octubre 1940 (BOE 10 de noviembre) con el objeto de revisar y resolver los casos pendientes de recurso ante el Ministerio de Trabajo.

<sup>192</sup> “Mal enfocada nuestra Organización corporativa, ejecutada al calor de un malsano espíritu de parcialidad política, carente de las debidas asistencias de unos y de otros, ni ha llegado a ser el instrumento de paz social con que el legislador soñaba, ni ha servido para colmar las lagunas del viejo régimen de trabajo sin articulación y sin concierto”. **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 525.

<sup>193</sup> **HINOJOSA FERRER**. *La Magistratura del Trabajo en el nuevo Estado*. RGLJ, TOMO I (169), 1941, p. 230 y 231. La doctrina contemporánea criticó con extrema dureza las funciones jurisdiccionales desarrolladas por los órganos corporativos. *Vid.* al respecto, **MONTERO AROCA**. *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, p. 201; y **DE LA VILLA GIL** y **PALOMEQUE LÓPEZ**. *Introducción a la Economía del Trabajo*. Vol. I. Debate. Madrid, 1977, p. 302 a 304. En este sentido, la CNT persistió en su política de acción directa, y la UGT trató de mantener la postura preeminente adquirida durante la Dictadura, manifestando “su proclividad a convertirse de hecho en una organización del Estado”. **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 225; **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 528 y 529. En cambio, el partido comunista en el programa electoral de 1931 pedía la supresión de los órganos corporativos. **MONTERO AROCA**. *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, nota 6, p. 130. *Vid.* al respecto también, **OJEDA AVILÉS**. *La “legislación promocional” en España*. RPS nº 125, 1980, p. 13 a 17; y **VALDÉS DAL-RÉ**. *El Derecho del Trabajo en la Segunda República*, *op. cit.*, p. 24 y 25. En cuanto a las asociaciones patronales, a pesar de que se apreció un leve aumento del colaboracionismo en la elección de los vocales, persistió su frontal oposición a este modelo corporativo. No obstante, este incremento no sucedió por haberse “despertado un espíritu de amor a las organizaciones paritarias, ni por haberse suscitado en ella el convencimiento de su bondad y eficacia; los patronos han acudido a los Jurados Mixtos como quien corre desalado a defender la casa del vecino, del incendio que la amenaza, porque puede devorar la suya propia inminentemente” **ESTADELLA** y **ARÁN HORTS**. *El Fracaso de los Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>194</sup> En términos generales, **GALLART Y FOLCH** achaca el mal funcionamiento de estas instituciones corporativas a la ausencia de una ideología corporativista fundada en un sentimiento de exaltación nacional, colaboracionista y homogéneo, como sucedía en el resto de países donde se había implantado (Italia, Portugal, Austria). **GALLART Y**



elegidos en ocasiones por Asociaciones “inventadas” *ad hoc*<sup>195</sup>. Segundo, porque, en ocasiones, el ejercicio del cargo de vocal por parte de los trabajadores, era utilizado como un mecanismo para captar afiliados a la Asociación obrera correspondiente<sup>196</sup>. Y Tercero, por la ausencia de imparcialidad de los Presidentes del Jurado, los cuales en caso de desacuerdo entre las partes, eran designados por el Ministerio de Trabajo, *ex art.* 18 LJM’31<sup>197</sup>. Sistema especialmente proclive a decantarse hacia el lado obrero, y más concretamente de los socialistas, pues el Ministro de Trabajo era LARGO CABALLERO<sup>198</sup>. En cualquier caso, al margen de la orientación política del Ministro de turno, el procedimiento constitutivo, *per se*, viciaba toda la estructura corporativa porque no estaba garantizada la imparcialidad en debida forma<sup>199</sup>.

A partir de entonces, el sistema de nombramiento de los Presidentes de los Jurados se convirtió en el caballo de batalla entre los partidarios de las reformas sociales y los que se oponían a las mismas. Así, durante el gobierno conservador de la CEDA, con la finalidad de satisfacer las reticencias de los sectores patronales, se reforma este sistema de designación<sup>200</sup>. Concretamente, el Decreto 10 de enero 1934 dispone que en caso de desacuerdo en la elección del Presidente, se designará un funcionario judicial o administrativo del Estado. Criterio confirmado por la Ley 16 de julio 1935, aunque con alguna modificación<sup>201</sup>. Para el cargo de Presidente el sistema electivo se articula a través de un concurso-oposición, entre funcionarios en activo o excedentes pertenecientes a la carrera judicial (Base II)<sup>202</sup>. Además, se prohíbe que

---

**FOLCH.** *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 194 y 195; en términos similares, **GARCÍA OVIEDO.** *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 524 a 530.

<sup>195</sup> **ESTADELLA y ARÁN HORTS.** *El Fracaso de los Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 25 y 26.

<sup>196</sup> Se afirma que, si el trabajador no se afiliaba previamente, se le amenazaba con votar en contra del sentido de su demanda. **ESTADELLA y ARÁN HORTS.** *El Fracaso de los Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>197</sup> *Vid.* al respecto, **GALLART Y FOLCH.** *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 180. En el mismo sentido, **ESTADELLA y ARÁN HORTS.** *El Fracaso de los Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 23 y 24; **MONTERO AROCA.** *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>198</sup> **MONTOYA MELGAR.** *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 223 a 225. **MONTERO AROCA** apunta que la redacción de la LJM’31 es una clara prueba de sectarismo, dado que los socialistas, que fueron los principales beneficiarios de los Comités Paritarios, una vez alcanzado el poder, pretendieron ocultar las realizaciones del Dictador que les favorecieron. **MONTERO AROCA.** *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, p. 138. Conviene recordar que el Presidente ostentaba un voto de calidad (en la segunda votación cuando existía empate - art. 22 LJM’31). Asimismo, el hecho de que los recursos ante las resoluciones de los Jurados Mixtos fueran resueltos por el Ministerio de Trabajo proyectaba a este nivel los problemas de imparcialidad que se denunciaban en los órganos corporativos básicos. Se exigía, la judicialización de los órganos jurisdiccionales independientes de la Administración, por la politización que este sistema acarrearaba. **GARCÍA OVIEDO.** *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 528; **GALLART Y FOLCH.** *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 179 y 180; y **MONTERO AROCA.** *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, p. 142, 143 y 161.

<sup>199</sup> **GARCÍA OVIEDO.** *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 526 y 527.

<sup>200</sup> *Vid.* con mayor profundidad, **MONTERO AROCA.** *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, p. 176 y ss.

<sup>201</sup> Previamente, a raíz de la revolución de octubre de 1934, el Decreto 13 de diciembre 1934 (Gaceta 14 de diciembre), declara la suspensión del funcionamiento de los plenos de los Jurados Mixtos. La Orden 17 de diciembre 1934 (Gaceta 19 de diciembre) aclara que el Decreto 13 de diciembre entra en vigor en la fecha de publicación en la Gaceta. Además, se declara la prórroga de todas las Bases de Trabajo, pactos colectivos o acuerdos de carácter general, aunque haya expirado el plazo legal de los mismos.

<sup>202</sup> Sistema “que vino a rectificar, de manera satisfactoria, el criterio equivocado que venía inspirando la regulación del nombramiento de los presidentes y vicepresidentes de los Jurados mixtos”. **GALLART Y FOLCH.** *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 181. Aunque también fue criticado porque si bien garantizaba la competencia de los miembros

dicho cargo sea ocupado por miembros pertenecientes a una asociación patronal u obrera. Criterios ilustrativos del carácter judicial de estos organismos “o, al menos, la importancia excepcional que se quiere conferir a su actuación judicial”<sup>203</sup>.

El Decreto 29 de agosto 1935<sup>204</sup>, que promulga el Texto Refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos, mantiene este mecanismo electivo, reforzando la judicialización de estos organismos. De todos modos – según un sector doctrinal –, estos nuevos mecanismos de elección, lejos de garantizar una mayor imparcialidad en la actuación de los Jurados Mixtos, claramente decantaron la balanza hacia los intereses patronales<sup>205</sup>.

Finalmente, durante el gobierno del Frente Popular, la Ley 30 de mayo 1936<sup>206</sup> deshace el camino emprendido. Así, se deroga la reciente Ley 16 de julio 1935, proclamando la vigencia del texto de 1931, y manifestando expresamente que “los funcionarios pertenecientes a las carreras judicial y fiscal que hubieran obtenido el nombramiento de Presidente de Jurado Mixto al amparo de la Ley 16 de julio 1935 cesarán en los citados cargos al aprobarse la presente Ley”<sup>207</sup>.

Este “baile” legislativo no deja de ser una proyección de la situación del país (antesala de los trágicos acontecimientos que se sucederán con posterioridad). Y, una posible explicación de los motivos por los que en 1935 se decide reconducir – como veremos –, en un primer momento, las extinciones colectivas al conocimiento del propio Ministerio de Trabajo (por tanto, de la Administración – en perjuicio de los órganos corporativos).

2.- En el ámbito del derecho sustantivo, la LCT<sup>31</sup> es la pieza fundamental sobre la que se asienta todo el sistema de relaciones laborales del período republicano<sup>208</sup>. Se trata de un cuerpo normativo que regula, sistemáticamente y con gran rigor técnico, el contrato de trabajo<sup>209</sup>. Hasta el punto que la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 mantuvo prácticamente íntegra su estructura y contenido<sup>210</sup>.

---

designados no aseguraba su independencia, pues, en último término, eran designados por el Ministerio de Trabajo. **MONTERO AROCA**. *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, op. cit., p. 183.

<sup>203</sup> **DE LA VILLA GIL**. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 398.

<sup>204</sup> Gaceta 1 de septiembre.

<sup>205</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, op. cit., p. 242 y 243.

<sup>206</sup> Gaceta 2 de junio.

<sup>207</sup> El Decreto 5 de junio 1936, hace un barrido con la actividad legislativa del bienio conservador anterior y deroga el Texto refundido de la Ley de Jurados Mixtos 1935 y los Decretos de 10 de enero 1934 y 25 de mayo 1935 y la Orden 22 de julio 1935.

<sup>208</sup> Sorprende como el proyecto presentado por LARGO CABALLERO fue aprobado sin discusión alguna ni debate previo en las Cortes. **GALLART Y FOLCH** manifiesta su estupefacción ante este hecho y considera que “la verdadera causa de esta ausencia de discusión, preciso es confesarlo, es la absoluta falta de interés de la Cámara por el tema del proyecto”. **GALLART Y FOLCH**. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, op. cit., p. 229. En todo caso, **GALLART Y FOLCH** califica a esta norma como excelente, de mayor amplitud que el Código de Trabajo y más completa en su regulación. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 51.

<sup>209</sup> A modo de ejemplo, y ciñéndonos simplemente a la LCT<sup>31</sup>, observamos como en este texto normativo se define el contrato de trabajo en base a las notas de dependencia y subordinación (arts. 1 y 2). Definición que se despoja del anacronismo del CT<sup>26</sup> y que supone la expansión subjetiva de la Ley a cualquier tipo de trabajador y ya no está limitado a los que desarrollan trabajos estrictamente manuales (obreros). Además, se establece un adecuado

El texto legislativo está claramente inspirado por una concepción intervencionista, limitando la libertad contractual en beneficio de los trabajadores. La doctrina ha afirmado que se trata de una “norma armónica, más inclinada a la conciliación de los intereses obrero-patronales que a la radicalización de su antagonismo en aras del principio de la lucha de clases”<sup>211</sup>.

En lo relativo a la seguridad en el empleo, tanto la LJM’31 como la LCT’31 incorporan en su articulado disposiciones que afectan sustancialmente a su reconocimiento y desarrollo normativo. La continuidad de las relaciones contractuales, como mecanismo para salvaguardar la subsistencia física del trabajador, recibe en esta época un impulso normativo sin parangón. Y esto es así, porque, como apunta BAYÓN CHACÓN, la conservación del contrato responde a una determinada conciencia del interés social. La crisis económica de finales de los años 30 debió contribuir notablemente a ello.

Pues bien, con el fin de delimitar el contenido del principio de estabilidad en el empleo, aceptando la *técnica de la decantación por vía inductiva*<sup>212</sup>, se colige la necesidad de analizar los institutos jurídicos que promueven la continuidad del negocio jurídico. Aspectos que se analizarán en el apartado que sigue.

### ***1.2.- Las manifestaciones jurídico-positivas del principio de estabilidad en el empleo en la legislación republicana de 1931.***

Las manifestaciones jurídico-positivas que promueven la conservación del contrato de trabajo previstas en la Legislación republicana de 1931 no hacen más que evidenciar una respuesta legislativa frente a un determinado riesgo que amenaza a la continuidad del empleo y, por consiguiente, describen una determinada concepción del principio de estabilidad en el empleo. De hecho, estas instituciones (en concreto, su configuración jurídica) se convierten en

---

listado de inclusiones y exclusiones (art. 2). Aunque, dado que la LCT’31 no deroga completamente el CT’26, se mantienen vigentes las diversas definiciones de contrato de trabajo que antaño. *Vid.* al respecto, **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 293. En relación con los criterios jurisprudenciales relativos al ámbito subjetivo de la LJM’31 y la LCT’31 *vid.* **HINOJOSA FERRER**. *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*. EDERSA. Madrid, 1933, p. 62 y ss. Un estudio reciente al respecto en, **PÉREZ AMORÓS**. *Una aportación de la II República en favor del Derecho del Trabajo: su concepción del contrato de trabajo*. En “Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)”. Cálamo. Mataró, 2007, p. 173 y ss.

<sup>210</sup> “La Ley de 1931 [en comparación con el CT’26] revela mayor perfección técnica, un carácter más completo, más progresivo, más intervencionista, sin que llegue a sucumbir por eso la esfera intangible de la libertad y el decisionismo contractual. Por todo ello fue merecedora de respeto, al punto que el Texto Refundido de 1944 mantiene casi íntegramente aquella norma sustantiva”. **PÉREZ BOTIJA**. *La codificación laboral. Estudios de Derecho del Trabajo en memoria de Alejandro Unsain*, Buenos Aires, 1954, p. 341 y 342 (*cit.* **DE LA VILLA**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 81).

<sup>211</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>212</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Apartado A del Capítulo III de esta Primera Parte..

la principal fuente de información para delimitar su contenido. Razón por la que debemos tratar de identificar los elementos de cada una de ellas que promueven la continuidad.

La sistematicidad de la acción normativa dirigida a preservar la continuidad del negocio jurídico en la LCT'31 y la LJM'31 puede presentarse del siguiente modo: en primer lugar, se proclama la vigencia del contrato pese a su nulidad parcial. En segundo lugar, en determinados supuestos tasados legalmente se posibilita la adaptación del contrato ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. En concreto, por un lado, el cambio de empresario, no conlleva (*ex lege*) la extinción contractual. Y, por otro lado, frente a determinadas circunstancias extraordinarias, el empresario está facultado para alterar unilateralmente y de forma temporal el contenido del contrato. En tercer lugar, se produce un incremento sustancial de los supuestos suspensivos de la relación de trabajo. En cuarto lugar, se establece un sistema extintivo uniforme para todos los contratos con independencia de la duración pactada, precisándose las causas de despido. En este contexto, se reconoce un nuevo supuesto resolutorio diferenciado del despido y de la imposibilidad objetiva sobrevenida (excesiva onerosidad). Y, además, se reconoce la responsabilidad por riesgo del empresario por la extinción del contrato por circunstancias inimputables del trabajador. Y, finalmente, se positiviza la tácita reconducción de los contratos de duración determinada.

De la mera enunciación de estas medidas puede observarse, sin excesiva dificultad que el entramado normativo que conforman es una poderosísima manifestación de la conservación del negocio jurídico, con un único fin: salvaguardar la supervivencia biológica de los trabajadores y de su familia, frente a varias tipologías de riesgos que, genéricamente, pueden agruparse en dos categorías: por un lado, fuentes de inestabilidad “comunes” a cualquier negocio jurídico y que, dada la naturaleza jurídica, del contrato de trabajo exigen una respuesta particularizada del ordenamiento jurídico; y, por otro, aquéllas que tienen su origen en las fluctuaciones del ciclo económico (circunstancias que, si bien, también repercuten en los contratos en general, se ubica en una categoría diferenciada, ya que el contrato de trabajo se muestra especialmente sensible a este riesgo). Veamos, con cierto detalle, cada uno de estos institutos jurídicos.

### ***1.2.1.- La continuidad del contrato pese a la nulidad parcial***

El instituto de la nulidad parcial, parafraseando a MARÍN PADILLA, es una manifestación más de la superación de la atonía característica del Estado liberal y la afirmación

de la actividad integradora del contrato que se propone la legislación republicana<sup>213</sup>. Desde este momento, el “Ordenamiento jurídico, no es ya un simple censor, sino corrector de pruebas; tacha para corregir; borra para enmendar”<sup>214</sup>. La LCT<sup>31</sup> distingue entre la nulidad total<sup>215</sup> y la nulidad parcial. En cuanto a la primera, como se sabe, el mantenimiento de la prestación salarial, pese a la declaración de nulidad del contrato, se convirtió en uno de los argumentos recurrentes en la discusión entre el *contractualismo* y el *anticontractualismo político*.

En cuanto a la segunda, siguiendo la exposición de PALOMEQUE LÓPEZ, puede afirmarse que el instituto de la nulidad parcial constituye una manifestación cualificada del ámbito de actuación de la conservación negocial<sup>216</sup>. Planteamiento que asume plenamente el art. 13 LCT<sup>31</sup><sup>217</sup>. De todos modos, la LCT<sup>31</sup> no se limita a evitar la “contaminación” de la parte afectada al resto del contrato, sino que además se predetermina el contenido de la parte viciada (a través de la integración del contrato de trabajo), sustituyéndose la autonomía de la voluntad por las fuentes heterónomas<sup>218</sup>.

---

<sup>213</sup> Un estudio de los orígenes históricos de esta manifestación del principio de conservación del negocio jurídico en, **MARÍN PADILLA**. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos ‘utile per inutile non vitiatur’*. Bosch. Barcelona, 1990.

<sup>214</sup> **MARÍN PADILLA**. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos ‘utile per inutile non vitiatur’*, op. cit., p. 96.

<sup>215</sup> *Vid.* al respecto, **ALONSO GARCÍA**. *Nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo*. RDP, 1956, p. 214 y 215; y *El nacimiento del contrato de trabajo*. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, p. 52; **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 102 y ss.; y 136 y ss., especialmente, p. 142 a 144; **GIL SUÁREZ**. *Validez e invalidez del contrato de trabajo*. REDT n° 100, 2000, p. 355 y ss., y 370 y ss.; **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 59; **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*. EDERSA, Madrid, 1932, p. 55 y 45; **DE LA VILLA GIL**. *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las “relaciones laborales de hecho”*. RFDUM n° 14, 1962, p. 459 a 464; **ALMANSA PASTOR**. *La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*. RPS n° 67, 1965, p. 38 a 46; **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Contrato de trabajo y relación de trabajo*. Separata Anales de la Universidad Hispalense. Volumen XXVII, Año 1967, p. 15 a 17; **GALLEGO MORALES**. Art. 9. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada 1998, p. 58; **SANTORO-PASSARELLI**. *Nociones de Derecho del Trabajo*. Trad. Suárez Fernández. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. 148 y 149; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*. CPS n° 48, 1960, p. 112; y **RIVERO LAMAS**. *Tipificación y estructura del contrato de trabajo*. ADC, 1972, p. 171.

Con anterioridad, el CT<sup>26</sup> declaraba la nulidad de determinados pactos específicos contrarios a la ley, concretamente, el art. 15.2 establecía que “se tendrá por nula toda condición que, directa o indirectamente, obligue a los obreros a adquirir los objetos de consumo en tienda o lugares determinados”.

<sup>216</sup> Pues, “la cláusula o parte nula de un negocio jurídico no comunica su ineficacia a la totalidad del mismo, sino que, por ministerio de la ley, aquélla será integrada con la normativa imperativa aplicable al supuesto, produciéndose la efectividad del acto pese a un vicio inicial de nulidad de parte”. **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 47 y 48.

<sup>217</sup> Precepto que reza lo siguiente: “si en virtud de los preceptos anteriores resultare nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se completará en lugar de lo anulado como si fuese presumible que lo hubiesen acordado los participantes si hubiesen tenido en cuenta los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad”. Como precedentes pueden identificarse el art. 19 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 (Artículo parcialmente modificado en 1922, por la Ley de Accidentes de Trabajo 10 de enero); y el art. 174 CT<sup>26</sup> (Libro Tercero – Accidentes de trabajo) que recoge la reforma de 1922.

<sup>218</sup> Regulación que se complementa con un conjunto de disposiciones que específicamente declaran la nulidad de ciertos actos contrarios a la Ley. Así, el art. 57 LCT<sup>31</sup>; el párrafo 2° del art. 64 LJM<sup>31</sup>; el art. 41 LCT<sup>31</sup>; el art. 13 de la Ley de Jornada Máxima de Trabajo 1 de julio 1931 (Gaceta 2 de julio) – en adelante, LJMT<sup>31</sup>; y, en materia de accidentes de trabajo, el art. 61 Decreto 8 de octubre 1932, que aprueba el Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo. En síntesis, puede afirmarse que la prohibición de pactos *contra legem* puede estar sancionada a través de una doble vía (**PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 105 y 108): a) nulidad específica de la renuncia de derechos por el trabajador, como forma singular y relevante de pacto contra ley; y b) nulidad genérica de todo pacto contrario a las disposiciones reguladoras de cada una de las materias. En cuanto a la

Paralelamente, con el objeto de satisfacer los intereses empresariales y, contribuir a posibilitar la continuidad del negocio, el art. 13.2 LCT<sup>31</sup> establece que “si el trabajador, en relación con los deberes pactados en la parte no válida del contrato, le fueran aseguradas recompensas de cierta importancia, podrán ser rebajadas, en juicio ante el Tribunal competente, a instancia del patrono”<sup>219</sup>. Lo que se pretende a través de esta norma es reequilibrar los términos del contrato, pues, al declararse la nulidad parcial y perviviendo el resto, es posible que se haya producido una quiebra del sinalagma contractual y se persiga el reequilibrio de las contraprestaciones<sup>220</sup>.

### ***1.2.2.- Continuidad de la relación de trabajo pese al cambio de empresario y el ejercicio del ius variandi del empresario.***

Según el art. 1091 CC “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por otra parte, el art. 1256 CC, dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. No obstante, como se sabe, el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo que se desenvuelve con el tiempo, pero como apunta RIVERO LAMAS – que cito extensamente -, “el tiempo alcanza también a configurar un propio modo de ser de las prestaciones de las partes en la sucesión de los efectos contractuales, imponiendo una continuidad de los mismos, lo que hace que el contrato de trabajo sea de ‘ejecución continuada’ y no de ejecución periódica (...). En un vínculo de tal carácter, queda patente que difícilmente se mantendrá inalterado el contenido del contrato, producto de la estipulación inicial de las

---

renuncia de derechos por parte del trabajador, *vid.* OJEDA AVILÉS. *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1971; ALONSO OLEA. *Derechos irrenunciables y principio de congruencia*. ADC 1962, p. 293 y ss.; y *La aplicación del Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo, Servicio de Publicaciones. Madrid, 1970, p. 24 a 28; y DE LA VILLA GIL. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*. RPS nº 85, 1970; y *La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000, p. 26 y ss.

<sup>219</sup> Redacción que, con algunos cambios (sin aportar excesiva claridad) será exportada al art. 10 LCT<sup>44</sup>, al art. 9.1 ET<sup>80</sup> y, posteriormente, al TRET.

<sup>220</sup> GALLEGO MORALES. *Art. 9, op. cit.*, p. 201; y GIL SUÁREZ. *Validez e invalidez del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 372 y 373. En definitiva, a nuestro modo de ver, se trata de un supuesto perfectamente encuadrable en la tesis de la excesiva onerosidad (*vid.* al respecto *infra* Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV – Primera Parte). Sin embargo, a raíz de las redacciones de los arts. 10 LCT<sup>44</sup>, 9.1 ET<sup>80</sup> y del TRET, la doctrina ha discutido el sentido del mencionado precepto. Frente a las opiniones apuntadas, un sector estima que el sentido de la norma presupone la validez de una “porción” de la “parte” del contrato declarada nula. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 192. Sin embargo, se ha objetado que esta tesis implícitamente está aceptando la ineficacia de la invalidez, lo cual va en contra del propio concepto de nulidad parcial y de las disposiciones legales reguladoras *in genere* de la nulidad. GIL SUÁREZ, *op. cit.*, p. 372; y GALLEGO MORALES, *op. cit.*, p. 201. Paralelamente, la norma plantea ciertas confusiones, primero, porque al referirse a “recompensas de cierta importancia” resulta sumamente inexacto; y, segundo, por el grado de discrecionalidad atribuido al juzgador. Confusiones que permanecerán en las redacciones posteriores. *Vid.* al respecto, PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 191 y 192; GALLEGO MORALES. *Art. 9, op. cit.*, p. 200 y 201; y GIL SUÁREZ. *Validez e invalidez del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 372 y 373.

partes, porque las circunstancias que éstas tuvieron presentes en el momento en que se inició el contrato cambian con el tiempo, y el interés común que ambas tenían en la realización de los efectos contractuales es susceptible también de alterar con aquél”<sup>221</sup>. En este escenario, en la medida que pueden surgir vicisitudes que sobrevenidamente amenacen la continuidad del contrato, el ordenamiento jurídico responde articulando mecanismos que ofrecen soluciones menos *severas* que las previstas en la lógica civil. En definitiva, “forzando”, o mejor dicho, reconduciendo la lógica propia de la teoría de los contratos y de las obligaciones. Aunque, a diferencia del modelo civil, ya no se trata, por tanto, de una preferencia a favor de la novación modificativa frente a la extintiva, sino que el contrato de trabajo mantiene su vigencia por encima de determinadas modificaciones unilaterales de una de las partes del contrato<sup>222</sup>.

Pues bien, tanto en los supuestos de cambio de empresario como en los de *ius variandi*, el fundamento que justifica estas instituciones es la idea de que para el trabajador “tiene mayor interés la conservación del empleo y la continuidad de la empresa que la separación de la misma”, aun cuando “eso conlleve la modificación en el contrato, y con independencia del origen de la misma”<sup>223</sup>. En definitiva, se presume la legitimidad de estas alteraciones contractuales porque se estima que un cambio de las condiciones pactadas siempre es *menos doloroso* que la pérdida del empleo. Posibilidad que se admite a costa de una disminución de la seguridad en el mercado (pues, el contrato deja de ser ley *inter partes*). Por otra parte, es importante advertir que estas instituciones operan en base a un – si se nos permite – “chantaje”, pues, el trabajador a cambio de permanecer en su puesto de trabajo, debe renunciar a lo único que conforme a la lógica liberal le protegía frente al empresario: el contrato. Paradójicamente, si quiere mantenerlo está obligado a aceptar su incumplimiento. Desde esta perspectiva, se entiende el carácter restrictivo con el que el Legislador configura esta facultad modificatoria.

Como se ha apuntado, dos son las manifestaciones de este “chantaje”: la continuidad del contrato en caso de subrogación empresarial (1.-) y el *ius variandi* (2.-).

1.- La continuidad del contrato de trabajo a pesar del cambio de empresario queda integrada en esta lógica. En el contexto liberal del CT’26, el cambio de titularidad de la sociedad implica la extinción automática de los contratos de trabajo vigentes<sup>224</sup>. Reacción lógica sobre la base de los efectos extintivos que la concepción clásica atribuye a la novación contractual<sup>225</sup>. El

---

<sup>221</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*. Bosch. Barcelona, 1963, p. 18.

<sup>222</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>223</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>224</sup> Como recoge GONZÁLEZ BIEDMA, en los anteriores proyectos de Ley de Contrato de Trabajo de 1904, 1919 y 1922, se establecían normas que preveían la continuidad de las relaciones laborales en el caso de transmisión mortis causa, siempre que se continuara con la actividad. Su concreción en el CT’26, puede calificarse de anecdótica, pues sólo se plasmó en el art. 54: “si el buque cambia de armador, se entiende que éste se subroga en todos los contratos con la dotación, por el mero hecho de no denunciarlo, con el abono de sueldo, indemnizaciones y viajes que queden especificados”. GONZÁLEZ BIEDMA. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. MTSS, 1989, nota 12, p. 28 y 29.

<sup>225</sup> *Vid.* RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*

nuevo adquirente que “será causahabiente a título particular, (...) no puede ser obligad[o] a la conservación del personal mientras no se pacte especialmente”<sup>226</sup>. En tal caso, la solución es sencilla: al no tratarse de una de las circunstancias que justifican el despido, *ex art. 21 CT*<sup>26</sup>, los obreros tienen derecho a reclamar una indemnización de los perjuicios por haber cesado anticipadamente el contrato de trabajo.

En cambio, la LCT<sup>31</sup> provoca un giro copernicano en el régimen de este fenómeno jurídico<sup>227</sup>; buscando una solución que evite el efecto extintivo provocado por el cambio de empresario. Se introduce el principio de continuidad en la empresa, constituyéndose en uno de los mecanismos más importantes para salvaguardar la continuidad de las relaciones de trabajo. Y, uno de los argumentos, junto a la nulidad parcial, sobre los que se fundamentarán las tesis *relacionistas* frente a los planteamientos *contractualistas*<sup>228</sup>.

Al margen de esta discusión, el art. 90 LCT<sup>31</sup> proclama que la “cesión, traspaso o venta de la industria no determina la extinción del vínculo contractual”<sup>229</sup>; y el art. 89.3 LCT<sup>31</sup> decreta la continuidad de los contratos de trabajo en los casos de la muerte, incapacidad del patrono, o extinción de la personalidad jurídica a no ser que se trate de una *empresa sin sucesión*.

2.- De un modo similar a como se prevé para los supuestos de cambio de empresario, esto es, como excepción al principio *pacta sunt servanda*, la LCT<sup>31</sup> faculta al empresario para modificar unilateralmente las condiciones de realización del trabajo pactadas en el contrato, sin afectar a la continuidad de la relación laboral<sup>230</sup>. No obstante, se trata de una posibilidad planteada en términos restrictivos. Así, el art. 20 LCT<sup>31</sup>, al enumerar las cláusulas obligatorias que deben consignarse en un contrato escrito, habla de “la clase o clases de trabajo objeto del contrato”<sup>231</sup>. Por otro lado, el art. 76 LCT<sup>31</sup> establece que “si no existiesen disposiciones,

---

<sup>226</sup> **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, *op. cit.*, p. 254 y 272.

<sup>227</sup> Previamente el art. 27 Decreto 26 de marzo 1925 (Gaceta 27 de marzo), que establece el Reglamento sobre contratación de las dotaciones para los buques mercantes, dispone que “si el buque cambia de armador, se entiende que éste su subroga en todos los contratos con la dotación, por el mero hecho de no denunciarlo, con el abono del sueldo, indemnizaciones y viajes que quedan especificados”.

<sup>228</sup> No obstante, la concepción de la *empresa-comunidad*, si bien no es objeto de positivación en el derecho español, es la que tiene una acogida en la jurisprudencia administrativa contemporánea a la LCT<sup>31</sup> más firme. *Vid.* al respecto, RMT 16 de julio 1932 (BMTPS, diciembre, n° 29, p. 689). En términos similares, RMT 19 junio 1935 (BMTPS, julio 1935, n° 60, p. 104)

<sup>229</sup> De todos modos, la protección es limitada, pues, la redacción del precepto deja fuera de su ámbito de aplicación numerosos supuestos transmisivos; y, además, la interpretación de los órganos corporativos contribuirá a restringir su ámbito de aplicación. En concreto, la jurisprudencia entiende que para que sea aplicable la norma es preciso que los contratos de trabajo estén vigentes, que haya voluntariedad en la transmisión y un tracto directo. Por otra parte, se exige que haya continuidad de la empresa, a pesar de que el precepto no lo prevea expresamente.

<sup>230</sup> Con anterioridad, como recoge GARCÍA MURCIA, el CT<sup>26</sup> no hace alusión alguna a los poderes de variación empresarial, lo que hace pensar que supuestamente se integraban en las facultades generales de dirección y organización del trabajo. **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>231</sup> En este sentido, MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS apuntan que los trabajadores están obligados a “realizar con la debida diligencia el trabajo contratado, en la cantidad, calidad, forma y plazo indicados en el contrato”. **MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS**. *Derecho Social*. Editorial Reus. Madrid, 1935, p. 245. GALLART Y FOLCH, por su parte, crítica la indeterminación de la ley, porque, pese a la detallada enumeración del



bases, acuerdos o pactos colectivos se prestará el trabajo corriente. La clase y extensión de éste se regulará en tales casos por los usos de la explotación o industria del lugar”<sup>232</sup>. Y el art. 89.7 LCT’31 habilita al trabajador a resolver el contrato si el empresario le exige un “trabajo distinto del pactado”<sup>233</sup>. Por tanto, pese a la extraordinaria ambigüedad de estos preceptos, puede afirmarse que el trabajador sólo está obligado a prestar un determinado trabajo; o, lo que es lo mismo, el empresario no puede exigirle otras tareas que excedan de las “corrientes”. Todo depende, pues, del desarrollo normativo o contractual que pueda realizarse de las citadas tareas<sup>234</sup>. En función de dicha descripción, todo parece indicar el empresario dispone de carta libre para asignar las tareas que estime en base a las necesidades empresariales. Lo que, en el fondo, no parece apartarse en demasía de lo previsto en la actualidad para la movilidad funcional<sup>235</sup>. Más allá de estos procesos de especificación de la prestación convenida, la LCT’31

---

art. 20 LCT’31, se omite el lugar o lugares donde el trabajo debe prestarse. Circunstancia relevante en tanto que – entiende – constituye “uno de los extremos aspectos más interesantes de la prestación de servicios” y porque – recuerda – zanjaría los posibles conflictos de competencia jurisdiccional (determinada en base al lugar donde se presta el trabajo). **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 65. No obstante, con carácter excepcional, la jurisprudencia republicana entiende que “las modificaciones que se verifiquen en cuanto al sueldo del obrero, por disminución o aumento, implican otros tantos contratos de trabajo por quedar novadas las obligaciones derivadas de aquellos actos jurídicos, conforme a lo que preceptúa el artículo 1203.1º del Código Civil, con lo cual la terminación de cada contrato determina necesariamente nuevo punto de partida para el cómputo de la prescripción que pueda aducirse” (STS 12 diciembre 1931, Ar. 3970). La finalidad de este criterio jurisprudencial era establecer un principio *pro empresario*, porque permite soslayar el contenido del art. 94 LCT’31, en virtud del cual, las reclamaciones por salarios y horas extraordinarias prescribían a los 3 años, una vez terminado el contrato de trabajo. De este modo, operada una modificación, el cómputo del plazo de prescripción empezaba a contar inmediatamente y no quedaba supeditado a la terminación del contrato. Así, el TS declara que “cada acto de pago revelador del propósito de liquidar los servicios prestados hasta entonces determina una justa y neta distinción que rompe su continuidad entre los servicios correspondientes a diversos periodos de tiempo”. STS 26 de mayo 1933 (Ar. 3914). *Vid.* al respecto, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 79 y ss; y **CASAS BAAMONDE**. *Clasificación profesional: prescripción de acciones y competencia de la administración laboral. Comentario a la Sentencia de la sala 4ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971*. RPS nº 92, 1971, p. 195 y 196. Sin embargo, tal y como denuncia HINOJOSA FERRER, debe descartarse la aplicación de este criterio en las novaciones, dado que “no puede decirse que el obrero es plenamente libre para accionar frente al patrono hasta que no rompa definitivamente el vínculo contractual que a él le liga”. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 254. En contra, GARCÍA OVIEDO destaca las ventajas que reporta este criterio a los trabajadores. **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 257.

<sup>232</sup> Al respecto, MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS, al analizar las obligaciones del empresario derivadas del contrato establecen que debe “respetar la dignidad personal del obrero, no maltratándole de palabra u obra, ni exigiéndole trabajo distinto del pactado. **MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS**. *Derecho Social*, *op. cit.*, p. 246.

<sup>233</sup> Extinción que debe ir acompañada del abono de una indemnización. *Cfr.* **ALBIOL MONTESINOS**. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, *op. cit.*, p. 50. En contra, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 40.

<sup>234</sup> En este sentido, GARCÍA MURCIA entiende que la obligatoriedad de elaborar un Reglamento de trabajo en las empresas de más de 50 trabajadores *ex art.* 66 LCT’31, que debían contener entre otras cuestiones, las “exigencias del trabajo”, hace pensar que presumiblemente tales reglamentos especificaban el contenido de la prestación así como sus posibles variaciones. **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>235</sup> Posibilidad dependiente del reconocimiento de un poder de dirección del empresario. Extremo recogido por la LCT’31 en base al concepto de dependencia, se plasma en múltiples preceptos y aspira claramente a limitarlo. Así, el art. 81 LCT’31 establece el deber del trabajador es “atender en el trabajo a las órdenes e instrucciones del Director, dueño o encargados y representantes de éste”. Paralelamente, el art. 8 LCT’31 define un espacio de protección de la esfera privada del trabajador, pues, impide “advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo”. El art. 52 LCT’31, permite el posible control de las medidas disciplinarias, así como su naturaleza restrictiva; y el art. 66 LCT’31 determina que la elaboración del reglamento de taller debe ser pactada. No obstante, como apunta RODRÍGUEZ-PINERO, pese a la extraordinaria modernidad de la normativa republicana, la brevedad del periodo, así como el estado de convulsión permanente que lo caracteriza, impiden que pueda realizarse un

posibilita que durante la vigencia del contrato se introduzcan determinados cambios sustanciales en las condiciones de trabajo, sin necesidad de que concurra un *aliquid novi*, es decir, sin requerir el consentimiento o la aceptación del trabajador<sup>236</sup>. Concretamente, el empresario está facultado para exigir “pasajeramente” al trabajador que preste “mayor trabajo u otro del acordado” (art. 77 LCT’31)<sup>237</sup>. Facultad que en el plano conceptual podría calificarse como el precedente remoto del *ius variandi* reconocido en el art. 39.2 TRET<sup>238</sup>.

El factor que cataliza estas mutaciones está *objetivado*, dado que se condiciona a la existencia de “necesidades urgentes de prevenir grandes males inminentes o remediar accidentes sufridos”. Circunstancias que describen un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>239</sup>. Así pues, el empresario puede obligar *temporalmente* al trabajador a realizar un

---

análisis objetivo del funcionamiento real en el marco de la empresa de estos poderes limitados y regulados. La extrema conflictividad del momento no permite evaluar con exactitud si la efectiva limitación de los poderes se debe una medida de autocontrol empresarial frente a la acción colectiva obrera; o bien, fue el resultado de una limitación empresarial auténtica (en comparación con el modelo anterior, caracterizado por una estructura empresarial autocrática, legitimadora de un poder incontrolable y justificada por el asentimiento del trabajador al perfeccionarse el contrato). **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER**. *Un modelo democrático de relaciones laborales*. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 11 y 12. Por otra parte, a pesar de que pudiera parecer que el reconocimiento de estos poderes contradice el carácter Social del Estado que proclama la Constitución de 1931, también es cierto que se trata de aspectos que de forma efectiva ya disfrutaba el empresario con anterioridad. En consecuencia, esta regulación jurídica, lejos de significar un aumento del poder empresarial, consigue su racionalización y canalización. **MARTÍN VALVERDE**. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, *op. cit.*, p. LXXX.

<sup>236</sup> Los antecedentes normativos a la LCT’31 no contenían estipulación alguna respecto a esta cuestión. Excepcionalmente, el art. 27 de la Ley de Contrato de Aprendizaje de 1911 facultaba al aprendiz a resolver el contrato con derecho a una indemnización, “por traslado de la industria a distinta población” (norma que posteriormente se recogerá en el art. 83 CT’26). Sin embargo, los proyectos que anteceden al CT’26, sí recogen la posibilidad del obrero de extinguir el contrato ante “la exigencia del patrono de trabajos distintos del pactado”. *Vid.* al respecto, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 37 a 39. Sin embargo, la doctrina, en aras a la conservación del negocio jurídico, era partidaria de una interpretación restrictiva de la eficacia extintiva de la novación y una presunción en favor de la novación modificativa. **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 53 a 55; **CASAS BAAMONDE**. *Clasificación profesional: prescripción de acciones y competencia de la administración laboral. Comentario a la Sentencia de la sala 4ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971*, *op. cit.*, p. 196 y 197; y **PLANAS PUCHADAS**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. REDT nº 13, 1983, p. 95.

<sup>237</sup> Art. 77 LCT’31: “Pasajeramente y por necesidades urgentes de prevenir grandes males inminentes o remediar accidentes sufridos, deberá el trabajador prestar mayor trabajo u otro del acordado pero esto sólo constituirá un deber para el obrero cuando le sea atribuido con verdadera equidad y a condición de que le sea indemnizado, de acuerdo con las disposiciones legales o normas complementarias. Si los trabajos de urgencia fuera de contrato tuviesen por causa procedimientos de violencia en las luchas sociales, se limitarán a evitar los peligros inmediatos para la explotación o el interés público, y especialmente al mantenimiento de las instalaciones o el comercio que sean necesarios a la comunidad”. Precepto que se incorporará, sin apenas modificaciones, a la LCT’44 (art. 64) y cuya vigencia se prolongará hasta 1994. **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*. MTSS. Madrid, 1983, p. 158 y ss.; y **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*. CES. Madrid, 2002, p. 164 y ss. Por su parte, el art. 9 LJMT’31, dispone que “el trabajo hecho para prevenir grandes males inminentes o remediar accidentes sufridos, se remunerará como corresponda, pero el número de horas invertidas no entrará en el cómputo de las extraordinarias”.

<sup>238</sup> Conceptualmente diferenciado del poder de dirección empresarial y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>239</sup> En efecto, siguiendo la exposición de RIVERO LAMAS, conviene tener presente que, desde un punto de vista dogmático, la imposibilidad objetiva sobrevenida no puede fundamentar la modificación de las condiciones de trabajo. *Vid.* al respecto **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 29 y 30. Si se admite que la imposibilidad objetiva pueda fundamentar jurídicamente la facultad empresarial de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, del análisis del supuesto de hecho del art. 77 LCT’31 se desprende claramente que no concurre una imposibilidad objetiva absoluta, porque o bien pretende anticiparse a su acaecimiento (“prevenir males inminentes”) o bien paliar sus consecuencias (“remediar accidentes sufridos”), por lo que, lógicamente, debe entenderse que, en ambos escenarios, el objeto del contrato sigue siendo posible. En el primer supuesto, aun no

conjunto de tareas distintas a las pactadas, alterando *temporalmente* el contenido y el ámbito de la prestación debida. La concurrencia de determinadas situaciones y la necesidad de no demorar la adopción de las medidas pertinentes justifican el reconocimiento de esta facultad empresarial, a pesar de contravenir lo acordado<sup>240</sup>.

Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, el fin perseguido por el art. 77 LCT<sup>31</sup> es salvaguardar la continuidad de la actividad de la empresa ante “circunstancias extraordinarias en cuanto que aparecen inesperadamente a lo largo del ciclo productivo”<sup>241</sup>, no para salvaguardar el interés individual del empresario, sino para garantizar la continuidad en el empleo, imponiéndose, por tanto, “por un interés social y superior”<sup>242</sup>. Es decir, la norma jurídica excepciona el principio de *pacta sunt servanda* en determinados supuestos de excesiva onerosidad, en la medida que contribuye a garantizar la continuidad de la relación laboral, y por tanto, el empleo<sup>243</sup>.

### ***1.2.3.- La suspensión de la relación de trabajo como reacción frente a los riesgos que ponen en peligro la continuidad del negocio jurídico.***

Durante esta etapa se produce un incremento sustancial de las circunstancias que motivan la suspensión de la relación de trabajo (mejorándose, paralelamente, las condiciones de ejercicio de las ya recogidas con anterioridad), impidiendo el juego resolutorio. La suspensión

---

concorre hecho obstativo alguno; y, en cambio, en el segundo se presume que ha acontecido y que la imposibilidad no ha sido definitiva porque, de otro modo, el contrato se hubiera extinguido.

<sup>240</sup> Fuera de estos supuestos extraordinarios, la jurisprudencia de forma constante es contraria a admitir la posibilidad de introducir cambios unilateralmente. Por ejemplo (*cit. SANTAMARÍA ANSA. El despido del obrero y del empleado, op. cit.*, p. 33 y ss.), la RMT 19 de febrero 1934, declara que la negativa del trabajador a prestar un servicio a que no estaba obligado, no constituye una justa causa de despido. Tampoco lo es, la negativa a aceptar la renovación del contrato consistente en rebaja del salario y en turnar con otros obreros (RMT 26 de junio 1934); o negarse a prestar el trabajo en localidad distinta a la convenida (RMT 11 de octubre 1932); o la negativa a que el trabajo no siguiese las mismas condiciones en que se venía prestando (RRMT 21 agosto 1934 y 10 de noviembre 1932).

<sup>241</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 79.

<sup>242</sup> BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*. 3ª Edición, Madrid, 1962 II, p.

<sup>243</sup> Un supuesto particular es el previsto en el art. 78 LCT<sup>31</sup>. Concretamente, este precepto establece que el patrono puede obligar al trabajador a realizar un trabajo por tiempo, si “pasajeramente” el empresario no puede satisfacer lo acordado (“por no poder suministrarle obra a la pieza o por tarea”) por causas no imputables (“fuese exigencia inevitable de la explotación” - circunstancias que la doctrina contemporánea sintetiza como “motivos graves y excepcionales”. GARCÍA OVIEDO. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 156). En sentido estricto, no opera una modificación del contenido del contrato, sino que quizás sería más apropiado hablar de suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva y celebración de uno nuevo mientras dure ésta (*cf. ÁLVAREZ ÁLVAREZ. Derecho obrero, op. cit.*, p. 48). Corrobora esta interpretación el contenido del art. 28.3º LCT<sup>31</sup>, existiendo una simetría entre ambos preceptos: el art. 78 LCT<sup>31</sup> - incluido dentro del Capítulo IV de la LCT<sup>31</sup>, titulado “Obligaciones del trabajador” - compele al trabajador a aceptar la nueva situación, en la medida que previamente el art. 28.3º LCT<sup>31</sup> exige al empresario que facilite transitoriamente un nuevo trabajo, a no ser que “no tenga otro trabajo disponible o tenga ocupados todos los empleos que requiera la marcha normal de la empresa”. HINOJOSA FERRER. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931, op. cit.*, p. 81. Incluso, se apunta como válida la posibilidad de que el trabajador preste sus servicios para otra empresa a cuenta del empresario. Situación a la que no puede oponerse el trabajador

de la relación de trabajo es una institución jurídica que resuelve con una eficacia notable los desequilibrios derivados de una sobrevenida alteración de las circunstancias originariamente pactadas. No sólo libera transitoriamente al deudor del cumplimiento de una prestación exorbitante, sino que, al mantener la vigencia del contrato y los efectos de las prestaciones no afectadas propiamente por la causa suspensiva, salvaguarda los intereses de la contraparte. Extremo especialmente trascendente si se tiene en cuenta que, en principio, el interés del trabajador se centra fundamentalmente en el mantenimiento de la continuidad del contrato. Motivo por el que la expansión de los supuestos suspensivos resulta muy positivo a los efectos de la conservación del negocio jurídico. Evidenciando la impronta del principio de estabilidad en el empleo.

Como se ha expuesto, la regulación normativa de las causas suspensivas del contrato no es una cuestión novedosa de la LCT<sup>244</sup>. No obstante, la novedad estriba en que, a partir de 1931, se consolida una regulación sistemática de la suspensión (abandonando su carácter “anecdótico” y), configurándose como una herramienta jurídica dirigida a la satisfacción de diversos objetivos de naturaleza heterogénea, aunque con un denominador común: asegurar la continuidad del contrato de trabajo. Siendo éste el núcleo fundamental del que emana la exégesis de esta institución<sup>245</sup>. La intención del Legislador es salvaguardar la continuidad de la relación de trabajo frente a una heterogeneidad de riesgos que pueden afectarla a lo largo de la vigencia del contrato. Lo que hasta la fecha se planteaba como una reacción legislativa puntual, impulsada fundamentalmente por motivaciones de previsión social (pseudo-humanitarias) o de interés nacional (causas político-administrativas<sup>246</sup>) es ampliamente superada.

La normalización de esta institución, aunque sin excesiva claridad con respecto a figuras afines<sup>247</sup>, lleva implícita la superación de la lógica contractual y el reconocimiento pleno del papel heterónimo de la legislación social, especialmente, si se tiene en cuenta que la extensión de los supuestos suspensivos se hace a costa de los resolutorios<sup>248</sup>. La consideración sistemática de los diversos supuestos que justifican la suspensión, pero no la ineficacia del contrato, es ilustrativo del cambio de percepción que inspira la acción del Legislador durante este período. Además, a estas alturas, la jurisprudencia admite, sin excesivos problemas, que el acaecimiento de estos hechos sobrevenidos, no sólo no rompen el contrato, sino que, además,

---

<sup>244</sup> Con carácter previo, como se ha analizado, la normativa de accidentes de trabajo y de fijación de las condiciones de trabajo de las mujeres y niños de 1900 prevé la suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal y por alumbramiento respectivamente. Con posterioridad, el CT<sup>26</sup> incorpora el servicio militar como nueva causa suspensiva (art. 19 CT<sup>26</sup>).

<sup>245</sup> Cfr. **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia en el Derecho Español*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 139 y ss; y 439 y ss.

<sup>246</sup> **PÉREZ BOTIJA**. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 4ª Edición. Madrid, 1955, p. 271.

<sup>247</sup> Confusión y dispersión que se exportará a los sucesivos estadios de la evolución normativa de esta institución y que será parcialmente superada a partir de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980. *Id.* al respecto, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*. CES. Madrid, 2004, p. 35.

<sup>248</sup> **DE LA VILLA GIL**. *Problemas de estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 8.

el trabajador mantiene la reserva de su puesto de trabajo y, en caso de que el empresario se niegue a ello, tiene derecho a una indemnización por despido injustificado<sup>249</sup>.

El impulso tuitivo que se le confiere a la institución se evidencia desde el instante que la suspensión no sólo es predicable ante imposibilidades sobrevenidas no imputables de carácter temporal, sino que también acaece con ocasión de otras contingencias que responden a otro tipo de motivaciones de naturaleza heterogénea, como por ejemplo, el incumplimiento imputable. De todos modos, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, el principal problema de la suspensión de la relación de trabajo radica en dos aspectos fundamentales: primero, en la determinación del período de tiempo durante el cual se contiene la ineficacia contractual, pues, es evidente que no sería aceptable que su duración se prolongara indefinidamente; y, segundo, en el intento de garantizar rentas substitutivas para el trabajador (planteamiento que será parcialmente superado en esta etapa con la licitud de la huelga y la posibilidad de imponer sanciones de suspensión de empleo y sueldo).

La LCT<sup>31</sup>, sobre la base de la normativa precedente, reconoce diversas circunstancias suspensivas<sup>250</sup>. Como novedad con respecto a la normativa anterior, se halla la suspensión de la relación de trabajo por ejercicio de cargo público<sup>251</sup> y la suspensión por “enfermedad” que no

---

<sup>249</sup> Por ejemplo, en lo relativo a los accidentes de trabajo la jurisprudencia, tiene plenamente asumido que el accidente sufrido por un trabajador “no rompe el vínculo contractual”. RMT 17 de octubre 1933 (*cit.* **RIAZA BALLESTEROS**. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*. Estudios Jurídicos Económicos y Sociales. Madrid, 1955, p. 197). Por este motivo, el empresario está obligado a restablecer al trabajador en su puesto de trabajo una vez se recupere del accidente de trabajo sufrido (RRMT 23 de marzo y 1 de julio 1932; 5 de junio y 27 de julio 1933; y 27 de mayo 1935, *cit.* **RIAZA BALLESTEROS**. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, *op. cit.*, p. 197). Por consiguiente, si un trabajador no es readmitido (después de abandonar el hospital, por ejemplo) debe declararse el despido injustificado (RMT 24 de diciembre 1932, *cit.* **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*. Editorial Reus. Madrid, 1945, p. 255)

<sup>250</sup> El art. 90 párrafo 2º LCT<sup>31</sup> establece que no podrá darse por terminado el contrato de trabajo: 1º. Durante una incapacidad temporal; 2º. Por ausencia motivada por el servicio militar y por ejercicio de cargo público, y 3º. Por descanso de la trabajadora con motivo del alumbramiento. El art. 91 LCT<sup>31</sup> proclama la interrupción del contrato en caso de huelga lícita y el art. 92 LCT<sup>31</sup> establece la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo o pactos colectivos circunstancias que puedan dar lugar a la suspensión por causas no imputables al empresario.

<sup>251</sup> La doctrina considera que no procederá la suspensión de la relación de trabajo cuando el cargo sea “libremente elegido por el obrero, incompatible, por razón de residencia o de consagración absoluta a aquél, o de incompatibilidad legal con el trabajo”. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 239.

tenga su origen en el trabajo<sup>252</sup>. Novedad, ésta última, especialmente relevante por cuanto debió significar un incremento de la protección del empleo notable<sup>253</sup>.

Asimismo, la importancia de la declaración de la huelga lícita como supuesto suspensivo está fuera de toda duda. Frente a las primeras concepciones que declaran su efecto extintivo respecto del contrato de trabajo, calificándose como una especie de desistimiento unilateral de los trabajadores<sup>254</sup>, con la LCT<sup>31</sup> se consolida la tesis del efecto meramente suspensivo de la huelga y la imposibilidad de despedir por tal circunstancia.

Otro aspecto novedoso, desde la perspectiva de la conservación del negocio jurídico, por cuanto que evita el acceso a medidas más “expeditivas”, es el reconocimiento al empresario de la facultad de emplear la suspensión de la relación de trabajo como medida disciplinaria<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> Ante la ausencia de una especificación de este supuesto suspensivo debe entenderse que debía acudir a una solución caso por caso, atendiendo al contenido del art. 89.6 LCT<sup>31</sup>. En este sentido, HINOJOSA FERRER afirma que “en cuanto a la duración de la enfermedad, no existe al presente, salvo respecto de los obreros domésticos mencionados en el art. 40, disposición que obligue a conservarlos por un período de tiempo, y habrá que estar a lo que dispongan las normas reguladoras del seguro de enfermedad cuando se establezca. Indudablemente a nuestro juicio, cuando se trate de una enfermedad de corta duración, no podrá el patrono prescindir de sus servicios, porque ya hemos visto que sólo las causas repetidas e injustificadas de asistencia pueden motivar su despido, conforme al núm. 6 del art. 89; pero tampoco se puede obligar al patrono a mantener al obrero indefinidamente a su servicio en caso de enfermedad prolongada”. HINOJOSA FERRER. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, op. cit., p. 228 y 229. En este sentido, la RMT 10 de febrero 1932 establece que las faltas repetidas por enfermedad no justificadas son justa causa de despido. En términos similares, RMT 8 de septiembre 1932 (cit. BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 255).

<sup>253</sup> Desde un punto de vista sustantivo, el art. 91 LCT<sup>31</sup> dispone que “las huelgas y ‘lock outs’, en general, no rescindirán el contrato de trabajo”, por lo que, aunque la norma no lo prevea expresamente (la doctrina contemporánea es partidaria de declarar sus efectos suspensivos, MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS. *Derecho Social*, op. cit., p. 357, 358 y 253; GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 223; GARCÍA OVIEDO. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), op. cit., p. 252 y 253; y HINOJOSA FERRER. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, op. cit., p. 243 y 249), el ejercicio de este derecho comporta la suspensión de la relación de trabajo, salvo la existencia de cláusulas de paz. El análisis del régimen jurídico de la huelga, desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, debe detenerse - siquiera someramente - en los elementos que convierten al incumplimiento voluntario del contrato en el ejercicio legal de un derecho, pues, el efecto suspensivo está condicionado al cumplimiento de los mismos. En este sentido, la RMT 10 de febrero 1932 (BMTPS, n° 19, p. 189) declara que el ejercicio del derecho de huelga no supone una ruptura automática del contrato de trabajo, por lo que debe determinarse la licitud de la misma, esto es, si se ha cumplido las disposiciones legales que la regulan. A *sensu contrario*, su contravención determina su ejercicio abusivo (en el mismo sentido, RRMT 1 de febrero 1932, BMTPS, n° 22, p. 508; y 10 de diciembre 1934, BMTPS, 1935, n° 58, p. 573). Concretamente, la licitud de la huelga está condicionada al cumplimiento de dos requisitos esenciales: su vinculación con los *problemas del trabajo* y al procedimiento conciliatorio y al cumplimiento exacto de los trámites específicos prevenidos normativamente. *Id.* al respecto, arts. 39 a 41 LJM<sup>31</sup>; Órdenes del Ministerio de Trabajo de 1 y 10 de febrero de 1932; Ley de Orden Público 23 de julio 1933 (Gaceta 30 de julio); Decreto 1 de noviembre de 1934 (Gaceta 3 de noviembre); Decreto 29 de mayo 1934 (Gaceta 30 de mayo); y Decreto 29 de febrero de 1936 (Gaceta 1 de marzo). Evolución legislativa que testimonia el Estado de absoluta crispación que vive el país.

<sup>254</sup> El análisis de los antecedentes del ejercicio del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico español ha sido recogido profusamente por la doctrina. Así en, HINOJOSA FERRER. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, op. cit., p. 244 a 246; ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Derecho obrero*, op. cit., p. 105 y ss.; GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 223 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*. RDT n° 50, 1962, p. 20 y 21, MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS. *Derecho Social*, op. cit., p. 353; GARCÍA OVIEDO. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), op. cit., p. 558 y ss.; GARCÍA BLASCO. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1983, p. 155 a 161; FERRANDO GARCÍA. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 39 a 41; SUÁREZ GONZÁLEZ. *La huelga en el Derecho español*. En “La huelga hoy en el derecho social comparado (Ed. Antonio Marzal)”. J. M. Bosch Editor – Esade Facultad de Derecho. Barcelona, 2005, p. 201 y 202; y MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 1996, p. 375 y 376

<sup>255</sup> La potestad disciplinaria viene reconocida previamente, no sólo en el CT<sup>26</sup>, sino incluso en los diversos Proyectos (salvo en el de 1919), como una derivación del poder de reglamentación que ostenta el empresario. SOSA MANCHA. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, op.

Repárese – como se ha avanzado - que frente a las concepciones originarias de la suspensión, en estos dos últimos supuestos (huelga y sanción disciplinaria) el Legislador admite la suspensión de la relación de trabajo a pesar de que el trabajador no tiene garantizada una renta sustitutiva del salario que deja de percibir.

También destaca la posibilidad de pactar en los pactos colectivos o contratos la suspensión de la relación de trabajo por circunstancias no previstas ni imputables al empresario<sup>256</sup>. Especialmente, porque supone superar la idea de que con respecto al empresario no debería hablarse de imposibilidad en la prestación (pues, al ser dineraria, jurídicamente siempre es posible - *genus nunquam perit*)<sup>257</sup>. De todos modos, el funcionamiento de este supuesto suspensivo es ciertamente peculiar, pues, aunque es comúnmente aceptado que la imposibilidad objetiva temporal no resuelve el contrato, sino que simplemente lo suspende, la legislación republicana, al condicionar el efecto suspensivo a la existencia de un pacto previo, permite afirmar que la imposibilidad sobrevenida transitoria resuelve el contrato (*ex* art. 89.5 LCT<sup>31</sup>)<sup>258</sup>, salvo que las partes hayan especificado lo contrario<sup>259</sup>.

---

*cit.*, p. 308 y ss. El art. 20.7 LCT<sup>31</sup> prevé la posibilidad de pactar en el contrato un régimen sancionador y las garantías para su cumplimiento, aunque delega en las partes la concreción de su contenido (salvo lo previsto en el art. 80 LCT<sup>31</sup>). Por su parte, el art. 52 LCT<sup>31</sup> establece restrictivamente las sanciones que pueden pactarse en el contrato: la amonestación y la suspensión temporal de empleo.

<sup>256</sup> A modo de ejemplo, el art. 92 LCT<sup>31</sup> cita como posibles causas: la huelga parcial, falta de materiales o de energía.

<sup>257</sup> En definitiva, (frente a las tesis del carácter convencional o ficticio) cabe entender que la prestación empresarial no se limita estrictamente al débito salarial, por lo que el contrato de trabajo no constituye un simple cambio de prestación de dinero y prestación de trabajo, sino que debe ser completado con otros deberes, concretamente, con “el deber del empresario de proporcionar al trabajador ocasión de trabajo”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La diferencia entre los conceptos de imposibilidad y de excesiva onerosidad sobrevenidas en el contrato de trabajo*. RGIJ, 1964 - I, p. 575; *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 158; y *La estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 249. Por su parte, **VIDA SORIA**, con posterioridad, parece aceptar esta tesis. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 44, p. 29 y 30. Corrobora esta interpretación el contenido del art. 37 LCT<sup>31</sup> que establece el derecho a la ocupación efectiva. Aunque la doctrina no es unánime al respecto, dado que se entiende que tal obligación más que un deber autónomo debería calificarse como una simple carga u *onere*. **MONTOYA MELGAR**. *El despido por fuerza mayor*. RPS n° 85, 1970, p. 99. Y, más recientemente, **DEL VALLE VILLAR**. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*. ACARL. Madrid, 1996, nota 22, p. 99.

<sup>258</sup> Aunque se prevén algunos supuestos excepcionales, como lo previsto en el art. 28.3 LCT<sup>31</sup> para el trabajo por tareas. Por otra parte, el art. 8 párrafo 2° LJMT<sup>31</sup> reconoce implícitamente la continuidad del contrato en el supuesto de imposibilidad sobrevenida transitoria. En la medida que el acuerdo debe versar concretamente sobre la recuperabilidad o no de horas perdidas, se presume la continuidad del contrato. Respecto a esta contradicción, cabría entender que la LCT<sup>31</sup> en tanto que posterior a la LJMT<sup>31</sup> deroga todo aquello que la contradice. De todos modos, como se sabe, la LJMT<sup>31</sup> no sólo no quedó derogada, sino que se prolongó hasta la promulgación del Decreto 2001/1983, 28 de julio, sobre la regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos (anulado parcialmente con posterioridad por la STS - sala 3ª - 31 de enero 1990, Ar. 574 – Una crítica a esta resolución - por todos - en, **CAVAS MARTÍNEZ** y **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor*. REDT n° 51, 1992, p. 62 y ss).

<sup>259</sup> De todos modos, al analizar los supuestos a los que hace referencia el art. 92 y el art. 89.5 LCT<sup>31</sup> se observa que no existe excesiva coordinación entre ambos preceptos. Esto es, que el primero no es un complemento del segundo, sino que se configuran autónomamente. En este sentido, parece que el origen del art. 92 LCT<sup>31</sup> está en el art. 37 LCT<sup>31</sup>. En virtud del art. 37 LCT<sup>31</sup>, el empresario carga con los riesgos derivados de la falta de ocupación del trabajador por motivos a él imputables (incurrir en mora), sin que el contrato se interrumpa o quede en suspenso. Parece, por tanto, que el Legislador entiende que en los casos en los que la falta de ocupación del trabajador responda, esta vez, a circunstancias no imputables al empresario, el contrato debe quedar en suspenso (art. 92 LCT<sup>31</sup>). En consecuencia, parece que para el Legislador de 1931 la suspensión de la relación de trabajo en la LCT<sup>31</sup> surge como una derivación de la mora del empresario (art. 37 LCT<sup>31</sup>) y no del carácter temporal de la imposibilidad objetiva (*ex* art. 89.5 LCT<sup>31</sup>). Sin embargo, esta construcción plantea alguna deficiencia importante,

En cuanto a la posibilidad acudir a la suspensión ante las situaciones de crisis, no parece que fuera una opción expresamente reconocida por la legislación laboral (a pesar de que el art. 46 LJM'31 permite la resolución del contrato por excesiva onerosidad - crisis de trabajo), salvo que las partes lo hubieran pactado expresamente<sup>260</sup>. Lo que, en definitiva, redundaría en perjuicio de la estabilidad en el empleo<sup>261</sup>. Lo que no excluye que se tratara de reconducir estos supuestos suspensivos al ámbito de la imposibilidad calificada como “subjetiva”. Con este propósito se habla de que la prestación ya no es “económicamente posible”, aun cuando su ejecución fuese viable. De esta forma se equipara - a nuestro entender erróneamente - la

---

pues, el art. 37 LCT'31 no cubre un supuesto de imposibilidad objetiva sobrevenida ni mucho menos. Simplemente se está refiriendo a un retraso en el cumplimiento imputable. Si bien es cierto que un sector de la doctrina equipara la imposibilidad objetiva transitoria con la mora, no cabe duda que entre una y otra media diferencias insalvables. Como sostiene BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS, en la mora el retraso es imputable al deudor, mientras que en la imposibilidad objetiva transitoria es inimputable, y “si bien en uno u otro supuesto cabe considerar que tiene la *perpetuatio obligationis*, en la mora semejante estado supone la responsabilidad del deudor, mientras que en la imposibilidad temporal el mismo queda libre, en principio, de cualquier afección indemnizatoria”. BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*. EDESA. Madrid, 1990, p. 102. En cuanto a los efectos jurídicos de este supuesto suspensivo, lo primero que destaca es la influencia del art. 37 LCT'31. Concretamente, el art. 92 LCT'31 establece que en el momento que las partes acuerden la suspensión, deberán acordar si el trabajador mantiene el derecho a percibir el salario o no. En la medida que el derecho a la ocupación efectiva obliga al empresario a seguir cumpliendo con su prestación salarial, en la suspensión de la relación de trabajo, el trabajador mantiene el derecho a percibir el salario, si pactada la suspensión nada se hubiera previsto. Circunstancia que, como se sabe, casa difícilmente con los efectos propios de la suspensión, en la medida que presupone, por defecto, el mantenimiento de una de las prestaciones fundamentales del contrato.

<sup>260</sup> Primero porque, tal y como se ha puesto de manifiesto, la redacción del art. 92 LCT'31 deriva de un supuesto de imposibilidad sobrevenida imputable reconocido en el art. 37 LCT'31, que recoge el principio de ocupación efectiva. En este sentido, a pesar de que genéricamente, el art. 92 LCT'31 sólo se refiere a causas “no previstas ni imputables al empresario”, parece que el legislador sólo está pensando en supuestos que tienen una “incidencia sobre la posibilidad de prestar el trabajo” (RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*. CES, Madrid, 1994, p. 50), esto es, una imposibilidad objetiva sobrevenida (Cfr. PEDRAJAS MORENO. *La excedencia en el Derecho Español*, op. cit., p. 145). Por otro lado, contradice la lógica de la excesiva onerosidad el hecho de que si las partes lo omiten, el empresario esté obligado a abonar el salario durante el tiempo que quede el contrato suspendido (art. 92 LCT'31). Podría objetarse que si el art. 46 LJM'31 permite la extinción contractual por la excesiva onerosidad sobrevenida (crisis laboral), parece un contrasentido permitir lo más y prohibir lo menos. No obstante, este argumento puede ser refutado por el hecho de que el art. 12 Ley 25 de junio 1935, sobre medidas transitorias para remediar el paro obrero, no incluye la suspensión dentro de las medidas previas tendentes a evitar la extinción de las relaciones laborales. Tampoco se contiene referencia alguna a la suspensión de la relación de trabajo en el Decreto 29 de noviembre 1935 que desarrolla el mencionado artículo. No obstante, un sector de la doctrina entiende que la suspensión era una de las medidas posibles previstas en la Ley citada, sobre la base de que “la reducción temporal de jornada constituye en la actualidad una modalidad de suspensión”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*. La Ley, Madrid 2002, p. 25. En términos similares, GRANELL RUIZ. *La reserva de plaza*. Fondo Editorial Técnico. Barcelona, 1955, p. 116 y 117. Tesis que no puede compartirse pues, no sólo se aparta de la literalidad del precepto (que sólo habla de turnos y de reducción de los días semanales de labor), sino que no puede aceptarse la existencia de una equiparación entre la suspensión y la reducción de jornada, a pesar de que ambas produzcan *de facto* resultados *asimilados* a los de una modificación a la baja del tiempo de trabajo, pues, la suspensión no tiene una naturaleza novatoria. En cuanto a la diferenciación de estas instituciones *vid.* extensamente, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 52 y ss. Por otra parte, las Circulares de la Dirección General de Trabajo de fechas 20 de septiembre 1938 y 30 de enero 1941 al referirse a las opciones descritas en el mencionado art. 12 no citan la posibilidad de suspender el contrato. *Cit.* FERNÁNDEZ XESTA. *Estabilidad en el trabajo y permanencia de los salarios*. RT, julio 1942, n° 33, p. 700. Y, la jurisprudencia tampoco admite la posibilidad de suspender el contrato, circunscribiendo su actividad a las dos opciones apuntadas. RRMT 17 de octubre 1940; 30 de abril 1940; 6 de mayo 1940; 10 de octubre 1940 (*cit.* DE LLUIS Y NAVAS. *Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales*. Ediciones Anabasis. Barcelona, 1960, nota 53, p. 78).

<sup>261</sup> La posibilidad de suspender el contrato por excesiva onerosidad, no es objeto de positivación expresa hasta que se establece como una de las competencias de las Delegaciones de Trabajo. Art. 2.c) Decreto 5 de enero 1939, de responsabilidad por faltas cometidas en el trabajo.



excesiva onerosidad a un supuesto de imposibilidad objetiva. Doctrina que se proyecta con posterioridad a 1939 en la doctrina contemporánea<sup>262</sup> así como en la jurisprudencia<sup>263</sup>.

Respecto de los supuestos suspensivos ya existentes con anterioridad a 1931, la normativa republicana se limita a reproducir las condiciones de ejercicio sin excesivos cambios<sup>264</sup>.

#### ***1.2.4.- La extensión del sistema de extinción causal liberal a los contratos de duración indefinida.***

Como una de las novedades más trascendentes de la LCT<sup>31</sup>, destaca el establecimiento de un sistema extintivo único, con independencia de la duración del contrato. O mejor dicho, la extensión del sistema de extinción causal de los contratos de duración determinada (liberal) a los contratos indefinidos. Ésta es, sin duda, uno de los principales síntomas de modernidad y

---

<sup>262</sup> **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 47 y 266; y **FERNÁNDEZ XESTA**. *Estabilidad en el trabajo y permanencia de los salarios*, *op. cit.*, p. 701. **RIAZA BALLESTEROS**. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>263</sup> STS 14 de marzo 1941; y RRMT 4 de mayo 1940; y 2 de junio 1941, *cit.* **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 276, 273 y 275).

<sup>264</sup> En cuanto a la suspensión por maternidad, la regulación se remite a lo previsto en la normativa existente al respecto, esto es, la LM<sup>1900</sup> (modificada por la Ley 8 de enero 1907 y por el Decreto 21 de agosto 1923), el Decreto-Ley 22 de marzo 1929 que regula el seguro de maternidad y el Decreto 29 de enero 1930 (Gaceta 1 de febrero) que regula el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Maternidad. En cuanto a la suspensión por “accidente”, la parquedad del art. 90.1 LCT<sup>31</sup> es evidente, pues, únicamente emplea el término “accidente”, sin ubicarlo en un contexto profesional o no. Sin embargo, pese a este “olvido” la doctrina no parecer dudar en entender que se está refiriendo a una contingencia profesional. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 229. Un reciente estudio del régimen jurídico de la suspensión por maternidad durante la II República en **GALA DURÁN**. *El seguro obligatorio de maternidad*. En “Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)”. Càlamo. Mataró, 2007, p. 91 y ss. El art. 1 TRAT<sup>32</sup> define “accidente” como “toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Definición que, pese a ser aplaudida por la doctrina, originaba ciertos problemas a la jurisprudencia, pues, se debatía entre incluir o no a las enfermedades profesionales, especialmente las que no tuvieran su origen en un traumatismo previo (denominadas “enfermedades profesionales intercurrentes” – que, para la doctrina jurisprudencial, podían quedar subsumidas en la asistencia médico-farmacéutica, *ex art.* 167 CT<sup>26</sup>), pues, no existía una norma que expresamente lo estableciera. De todos modos, la tendencia del Tribunal Supremo fue la de equiparar progresivamente estos supuestos de incapacidad temporal a los de los accidentes de trabajo. *Vid.* al respecto extensamente, **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 284 a 286. En cuanto a la duración, se mantiene un año. Art. 11 Decreto 8 de octubre 1932, Texto Refundido sobre Accidentes de Trabajo (Gaceta 12 de octubre). Aunque la STS 24 de octubre 1939 (*cit.* **RIAZA BALLESTEROS**. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, *op. cit.*, p. 198), tras declarar que la suspensión de la relación de trabajo no puede durar *sine die*, afirma que el plazo de duración máxima depende de las normas o usos locales. Por otra parte, la suspensión de la relación de trabajo no procede en la medida en que el trabajador haya contribuido culpablemente al advenimiento de la enfermedad o el accidente. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 228. No obstante, este autor, a partir del contenido del art. 145 CT<sup>26</sup> entiende que la responsabilidad del empresario se extiende a los supuestos de imprudencia profesional, por lo que “la imprudencia motivante del accidente ha de ser en su caso grave, pues (...) la imprudencia profesional, es decir, la que es consecuencia de la facilidad adquirida en el ejercicio de una profesión no exime de responsabilidad al patrono” (p. 228). Por su parte, **BENÍTEZ DE LUGO** entiende que además debe exigirse inimputabilidad, esto es, que el trabajador “tiene plena su facultad de determinación normal”. **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 253. Por ejemplo: en el caso de accidente “falta de pericia obligada, falta de previsibilidad, temeridad, infracción de las órdenes del empresario, etc.”; y para el supuesto de enfermedad aquellas “derivadas a consecuencia de acciones voluntarias del actor, como contagio venéreo; las producidas a consecuencia de excepcionales trabajos físicos realizados fuera de su labor por el trabajador, etc.”. **BENÍTEZ DE LUGO**, *op. cit.*, p. 253.

de despojo de los postulados liberales decimonónicos. Con esta modificación se produce un cambio de paradigma en la concepción del trabajo por cuenta ajena. Desde entonces (y, sin solución de continuidad hasta hoy), el sistema contractual asienta sus pilares sobre la *racionalidad* y la *firmeza* de los contratos *con independencia de su duración*. Desaparece el tratamiento diferenciado en función de término, configurándose un único modelo para todos los supuestos. La superación de los temores de la esclavitud contractual vinculada al contrato indefinido es una muestra evidente del distanciamiento del modelo liberal decimonónico y un síntoma evidente que anuncia el tránsito hacia esta nueva percepción del problema del desempleo. El Legislador aspira a que, con el nuevo modelo extintivo, el mercado de trabajo esté regido por el orden, en contraposición a la discrecionalidad (o la arbitrariedad), y en consecuencia, toda decisión extintiva de la relación de trabajo, con o sin término, requiere una justificación que la legitime. Proceso que va acompañado de otra novedad de similar importancia, esto es, la concreción normativa de lo que debe entenderse por “justa causa”.

De algún modo, dadas las especiales características del contrato de trabajo, la libertad y el principio de autonomía de las partes quedan relegados a un segundo plano. Se produce una evidente conmutación en el bien jurídico objeto de protección, dado que la perpetuidad del vínculo, lejos de calificarse como una situación indeseable, pasa a convertirse en la mejor de las situaciones posibles<sup>265</sup>. El problema del desempleo contribuye a dinamizar este tránsito. Aunque conviene tener presente que esta modificación tiene su origen en la doctrina jurisprudencial y, concretamente, en la voluntad de evitar el uso abusivo del desistimiento en los contratos de duración indefinida<sup>266</sup>. En este sentido, la RMT 3 de junio 1930, en paralelo a lo establecido por la jurisprudencia francesa<sup>267</sup>, marca un punto de inflexión en la calificación de la licitud de esta facultad extintiva, al condicionar su validez a que no se haga de un modo manifiestamente injusto, de tal forma que constituya un abuso de derecho<sup>268</sup>. Interpretación

---

<sup>265</sup> Como apunta DURÁN LÓPEZ, este cambio es fruto de la toma de conciencia de la diversa posición de las partes en el contrato de trabajo, pues, mientras que el trabajador implica su propia persona, el empresario sólo ve afectado su patrimonio. DURÁN LÓPEZ. *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, op. cit., p. 13.

<sup>266</sup> Como se ha analizado, la facultad concedida a las partes para que puedan dar por terminado unilateralmente el contrato sin tiempo fijo, se configura, según la *regulación civil*, como el ejercicio de un derecho consustancial al propio negocio contractual. Los perjuicios derivados del despido intempestivo tratan de ser solventados a través de la exigencia de un plazo de preaviso, impuesto (salvo para los auxiliares del comerciante) por la costumbre y los pactos individuales o colectivos. Inexplicablemente, ni el CT'26 ni el Decreto 22 de julio 1928 se hacen eco de este fenómeno y omiten su regulación normativa. No obstante, jurisprudencialmente empieza a aceptarse la idea de que el reconocimiento de la facultad de desistir no concede a su titular una licencia para actuar de un modo abusivo o arbitrario. Construcción que se gesta primariamente a través de las resoluciones de los tribunales inferiores franceses, que conceden un derecho de reparación al trabajador en los casos de despido sin motivo justificado. *Vid.* GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D-264 y ss.; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 12 y 13; y *La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo*. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980, p. 221 y 222.

<sup>267</sup> BARASSI. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Trad. Sussini. Alfa. Buenos Aires, 1953. Vol. III, p. 307 a 309.

<sup>268</sup> “Existen dos medios lícitos de rescindir el contrato de trabajo: unos de ellos, que siempre tiene eficacia, es cuando concurre alguna de las causas del art. 21 del Código de Trabajo, y el otro, de índole contractual, que permite

que, a *sensu contrario*, desemboca en la idea de que la extinción contractual no puede ser calificada como arbitraria siempre y cuando exista un motivo legítimo<sup>269</sup>. Por esta razón, para evitar esta calificación judicial, se extiende la práctica de acompañar la decisión de desistir de un motivo que la legitime<sup>270</sup>. La doctrina ha destacado la importancia de la recepción de la doctrina del abuso del derecho, dado que abre la puerta a la recepción de nuevas categorías conceptuales, como el principio de estabilidad en el empleo<sup>271</sup>.

Pues bien, esta construcción jurisprudencial se consagra en la reforma de 1931. A partir de entonces, al margen del término pactado, la licitud de toda extinción contractual depende de la existencia de un motivo que la justifique, desplazando al mecanismo del desistimiento como medio de extinción normal de los contratos indefinidos. Al subordinarse la validez de una decisión extintiva a la existencia de una “causa” o “motivo”, queda completamente desvirtuada la naturaleza del desistimiento, pues deja de ser discrecional; transformándose de un negocio abstracto a uno causal<sup>272</sup>. Lo que prácticamente provoca su desaparición como opción extintiva<sup>273</sup>. Incluso, la LCT’31 no reconoce de forma expresa la facultad de desistimiento del trabajador y se vincula la extinción del contrato por su voluntad a la existencia de una causa (art. 89.7º)<sup>274</sup>.

---

la disolución de tal vínculo, mediante el ejercicio del plazo de aviso que el mismo pacto o la costumbre hayan establecido, si bien deviene ilícita la utilización de este segundo procedimiento, cuando se origina en un motivo tan manifiestamente injusto que su ejercicio constituye un evidente abuso de derecho”. Posteriormente, en la RMT 12 de junio 1930, se declara: “No es menos evidente que para motejar determinados hechos como a constitutivos de abuso de derecho, es necesario que se contengan elementos muy calificados, que lleven a la consecuencia indubitable de su gravedad y de su ilicitud, no bastando la existencia de meras realidades que estén en desacuerdo con una conciencia escrupulosa; porque si bien la entidad de esta doctrina tiende a que los derechos establecidos por la Ley, para que se ejerciten adecuadamente, no conduzcan al fin no querido de establecer un agravio injusto, no es menos cierto que ha de darse a esta teoría una interpretación marcadamente restrictiva para no desnaturalizar y privar de virtualidad a la facultad contractual de rescindir el vínculo laboral con la utilización del término del preaviso; y a tal consecuencia, también ilícita, se llegaría si se exigiera para la terminación de los contratos de trabajo, la concurrencia inexcusable de cualquiera de las justas causas que previene el art. 21 del Código de Trabajo, aun habiendo mediado el plazo rescisorio convenido en el contrato”. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 81 y 82.

<sup>269</sup> RMT 2 de diciembre 1933 (BMTPS, 1934, n° 45, p. 429): “de donde se desprende que se ha utilizado la facultad rescisoria del preaviso inmotivadamente, y como en los despidos concurren las circunstancias de llevar trabajando con el demandado treinta y uno y veinticinco años, resulta, según constante doctrina de esta Ministerio, abusivo el ejercicio del derecho rescisorio aludido, cuando se refiere a obreros que llevan tanto tiempo trabajando al servicio del mismo patrono y se prescinde de ellos sin causa alguna”.

<sup>270</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>271</sup> **GARCÍA ABELLÁN**. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. D-267.

<sup>272</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>273</sup> Salvo, claro está, en los periodos de prueba aplicables al contrato de aprendizaje y a los contratos de trabajo que así lo hubieran previsto las respectivas Bases de Trabajo.

<sup>274</sup> No obstante, este silencio normativo no significa que el trabajador esté adscrito de forma forzosa a la empresa, y por lo tanto puede dimitir en cualquier momento sin necesidad de la existencia de ninguna causa que justifique su decisión. De todos modos, SUÁREZ GONZÁLEZ señala que resulta imprescindible distinguir entre los contratos de duración indefinida de los de duración determinada. Para los primeros, la facultad de desistimiento queda reconocida sin limitación, mientras que en los segundos, para resolver es necesaria una causa de incumplimiento del empresario, si no se quiere resultar incumplidor y por lo tanto deudor del resarcimiento. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 49. En sentido contrario, **BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 589 y ss; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*;

La restricción del desistimiento supone, en cierto sentido, que el valor de la libertad empresarial queda *subordinado* al de la *estabilidad contractual* y, por tanto, la apuesta firme por la continuidad de las relaciones de trabajo. A partir de 1931, como apunta ALONSO OLEA, en la medida que el contrato de trabajo esté en vigor, y con independencia de su duración, para que el empresario pueda incumplir su contenido debe “alegar y probar una causa que destruya la apariencia de antijuricidad”, sin que pueda alegar la utilización de “una potestad libérrima, porque esta potestad no existe”. En suma, “el rompimiento de un contrato es siempre un acto necesitado de justificación jurídica si el autor de la ruptura quiere resultar jurídicamente indemne de su acto de ruptura”<sup>275</sup>.

Ahora bien, conviene retener que el fin de la extensión del principio de causalidad en los contratos de duración indefinida consiste primariamente en la superación de las arbitrariedades que acompañaban al ejercicio del desistimiento; esto es, para dar seguridad y certeza al mercado de trabajo.

### ***1.2.5.- La excesiva onerosidad como nueva causa resolutoria: la ‘empresa’ como fuente de empleo.***

En aras a salvaguardar la continuidad de la actividad productiva de la empresa y, por ende, de los contratos de trabajo a ella vinculados, el Legislador republicano positiviza una nueva causa extintiva, desvinculada del incumplimiento contractual culpable del trabajador y de la imposibilidad objetiva sobrevenida. En efecto, el art. 46 LJM’31, de forma enunciativa no limitativa, posibilita la resolución del contrato en los supuestos de “crisis de trabajo”<sup>276</sup>. El alcance de esta novedad es indiscutible, especialmente, porque comporta un incremento del ámbito de protección de la estabilidad en el empleo, hacia una categoría de riesgos que tradicionalmente habían quedado al margen del principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común. En paralelo, no obstante, la admisión de este motivo de ineficacia contractual, dará lugar a un prolongado conflicto técnico-jurídico centrado en precisar su delimitación dogmática y su contenido. La doctrina contemporánea entiende que se origina una “crisis de trabajo” a consecuencia de “una falta de trabajo por colapso comercial debido a una

---

*Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos, op. cit.*, p. 24 a 28; y *La relación de trabajo de duración determinada, op. cit.*, p. 52 y ss.

<sup>275</sup> ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 22.

<sup>276</sup> Concretamente: “El despido del obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes a su voluntad. En el primer caso no dará derecho a indemnización ninguna. En el segundo (crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate, etc.) el obrero podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de Trabajo adoptadas por el Jurado respectivo, correspondiendo a éste en todo caso la determinación de las circunstancias que concurran y el fallo que con arreglo a ellas deba en justicia dictarse”.

situación desfavorable del mercado”<sup>277</sup>. En la medida que la normativa laboral reconoce la resolución del contrato por imposibilidad objetiva y al no tratarse de un incumplimiento culpable del contrato, se desprende que, aunque las obligaciones pactadas sean objetivamente realizables, el ordenamiento jurídico está admitiendo una posibilidad resolutoria nueva, incardinable en un supuesto de ineficacia contractual, concretamente, por excesiva onerosidad sobrevenida. Circunstancia exoneratoria cuya fundamentación jurídica plantea numerosas discusiones que serán analizadas con posterioridad<sup>278</sup>.

Sin duda, se trata de un cambio sustancial, si se tiene en cuenta que en el régimen jurídico anterior la crisis de trabajo no constituye una causa suficiente para motivar la extinción contractual<sup>279</sup>. Ahora bien, es importante tener muy presente que esta posibilidad se admite, no sólo porque permite al empresario liberarse del contrato sin necesidad de esperar a que se perfeccione la desaparición del objeto del contrato (con el riesgo de que ello provoque una espiral negativa afectando a la continuidad de la organización productiva), sino sobre todo, porque posibilita la continuidad de la empresa y, con ella, la del resto de contratos a ella vinculados. Sin duda, el juego de la excesiva onerosidad en la lógica laboral cobra pleno sentido desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo. Si la conservación del negocio jurídico del resto de trabajadores vinculados a la empresa no estuviera en juego, difícilmente – entendemos – podría hallarse una explicación que, desde un punto de vista dogmático, pudiera dar una

---

<sup>277</sup> **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 56. Los supuestos de crisis de trabajo pueden subsumirse, según **SANTAMARÍA ANSA**, en alguna de estas tres categorías: a) cuando se estima la falta de trabajo propio del obrero despedido y no hay en la industria ocupación en que pueda ser sustituido o empleada su actividad; b) cuando decae el negocio en tal forma que surge la necesidad de prescindir de los servicios del trabajador por no exigirlos el volumen o desarrollo de la industria; c) cuando la situación económica de una industria obliga a practicar economías con supresión de plazas o servicios. **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, op. cit., p. 116 y 117.

<sup>278</sup> Por el momento, basta apuntar que la crisis de trabajo, como fenómeno desequilibrante de las prestaciones contractuales, justifica la extinción porque la *utilidad* del empresario desaparece en la medida que la continuidad de la relación es excesivamente gravosa (onerosa), de tal modo que la marcha, existencia o rentabilidad de la empresa se ve intensamente afectada. De tal modo, que si el contrato ha dejado de ofrecer la utilidad que suministraba se entiende que el empresario está legitimado para no tener que conservarlo durante más tiempo. La crisis justifica la extinción porque provoca variaciones sobrevenidas en la relación económica de cambio entre las prestaciones de las partes. En palabras de **REDENTI** (cit. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*. RPS nº 56, 1962, p. 78), se da demasiado para obtener relativamente poco. *Vid. extensamente infra*.

<sup>279</sup> La STS 1 de febrero 1922 (Gaceta 9 de noviembre) establece que “el despido sin justa causa ni previo expediente no puede excusarse con el supuesto de ser debido a un caso de fuerza mayor, ya que la crisis del mercado que como fundamento de tal excepción se invoca no ha sido consecuencia inmediata e ineludible de un suceso en absoluto imprevisto, o que, aun previsto, fuera inevitable, pues el proceso lento de dicha crisis permitió al patrono haber adoptado en tiempo hábil aquellas medidas necesarias inspiradas en la más elemental prudencia, que tendiesen a introducir en sus especulaciones las más oportunas economías en el persona de obreros, sin lesionar de un modo directo los derechos de éstos” (cit. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 202).

A nivel europeo esta facultad está reconocida mucho tiempo antes. Acabada la I Guerra Mundial, la desmovilización provoca en los Estados contendientes la aparición de las primeras extinciones colectivas motivados por la falta de trabajo. La negación de las empresas a reincorporar a los trabajadores que, con anterioridad al conflicto, habían formado parte de sus plantillas, constituía una potencial problemática político-social, cuya virulencia era imprevisible. En este contexto, y frente a la facultad de desistimiento que regía con anterioridad, los sistemas políticos coinciden en afirmar la necesidad de imponer limitaciones al ejercicio de la facultad extintiva del empleador, condicionando su ejercicio al destino de la organización productiva. **MARAVALL CASESNOVES**. *El despido por crisis en el Derecho español*. Separata del nº 2 del Suplemento de Política Social de la Revista de Estudios Políticos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1945, p. 6 y 7.

respuesta satisfactoria a esta institución jurídica. El empleador tiene reconocida la facultad para tomar las medidas que estime oportunas para garantizar el funcionamiento de la empresa, incluida la reducción de plantilla, siempre y cuando sean *objetivamente necesarias* para la salvaguarda de la explotación.

Este reconocimiento normativo se ampara en la idea del mal menor, dado que la aplicación a ultranza del principio de *estabilidad contractual* puede resultar “nociva para el desarrollo económico por arruinar los factores de su realización”<sup>280</sup>. Así, a partir de ahora, la crisis de la empresa justifica la adopción de medidas drásticas, exonerando (relativamente) al empresario de la responsabilidad derivada de la extinción injustificada de los contratos de trabajo. Si la extinción del contrato por excesiva onerosidad es un mecanismo dirigido a salvaguardar la viabilidad de la explotación, no debe aceptarse ningún supuesto en el que o bien no exista tal peligro o bien la medida no sea la adecuada para solventarlo.

Es claro que en la mente del Legislador la legitimidad de la decisión extintiva no depende de una valoración subjetiva del empresario respecto a la utilidad que le reporta el mantenimiento de los puestos de trabajo. La adecuación de la decisión empresarial se supedita, en cambio, a la apreciación de determinadas circunstancias vinculadas exclusivamente al devenir de la empresa, atendiendo a su “interés objetivo y constatable”<sup>281</sup>. Se produce una objetivación de la crisis como fenómeno, con la finalidad de monitorizar las decisiones del empresario y ofrecer una cierta seguridad jurídica al sistema. El interés subjetivo del empleador queda relegado a un segundo plano, pues, lo trascendente es el mantenimiento de las *constantes vitales* de la empresa y la satisfacción de sus necesidades objetivas<sup>282</sup>.

En definitiva, el órgano corporativo (que es quien debe enjuiciar la licitud de estos supuestos resolutorios) se sitúa *en la posición del empresario* y asume la responsabilidad de determinar las necesidades de la empresa, así como la idoneidad de la medida propuesta<sup>283</sup>. Además, partiendo de la base de que la actividad empresarial subsiste, se exige la máxima objetividad para evitar el uso abusivo de esta medida<sup>284</sup>. La extinción del contrato debe pasar el filtro de legalidad, esto es, cerciorarse si efectivamente se trata de la medida adecuada para

---

<sup>280</sup> **TERRAZA MARTORELL**. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*. Bosch. Barcelona, 1951, p. 132.

<sup>281</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 56.

<sup>282</sup> RMT 6 de junio 1933 (cit. **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, op. cit., p. 119): “Para la apreciación de la necesidad de economías como causa de *despido* es preciso que en el veredicto se consigne si la marcha del negocio va en declive, imponiendo las economías acordadas, o por el contrario, tales economías se deben sólo a un propósito de previsión o de conveniencia patronal, pues únicamente en el primer caso se daría el despido justo” [la cursiva es nuestra].

<sup>283</sup> “Precisamente por la “objetividad” de la medida, la jurisprudencia administrativa no tiene recelo de examinar en cada caso la justificación de la medida, poniéndose en posesión del empleador y teniendo en cuenta exclusivamente para decidir las circunstancias de la Empresa”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 56.

<sup>284</sup> **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 57.

superar la crisis. Así, la crisis laboral no opera como una causa extintiva automática, sino que deben cumplirse los requisitos legales o consuetudinarios necesarios para que sea efectiva<sup>285</sup>.

En consecuencia, la “empresa” (como institución) asume un gran protagonismo y se convierte progresivamente en “el elemento” a tener en cuenta en lo relativo al empleo, superándose la lógica liberal y, sobre todo, el interés individual que la sustenta. El empleador sólo puede extinguir el contrato si así lo exige la situación de la empresa y el órgano corporativo la aceptará en la medida en que resulte la solución menos perjudicial para la viabilidad de la misma. Aspecto de extraordinaria relevancia, pues, se produce una disociación entre el interés del empleador del de la empresa, hasta el extremo de que el trascendente, a efectos jurídico-laborales, es el de ésta última, en tanto que se erige en la columna vertebral de la estabilidad en el empleo.

En este sentido, la traslación del punto de gravedad del empresario a la empresa se puede observar a través de una cuestión accesorio, aunque directamente vinculada con la constatación de la crisis de trabajo como un fenómeno objetivo. Concretamente, el advenimiento de determinadas circunstancias que objetivamente determinen la existencia de una crisis de trabajo no es suficiente para justificar la extinción del contrato, sino que es preciso que la elección del trabajador que va a abandonar la empresa contribuya efectivamente a superar la situación<sup>286</sup>. En definitiva, lo que denota esta doctrina es que la verificación de la existencia de una crisis queda supeditada a la comprobación previa de que no se ha producido a una selección arbitraria del personal. A pesar de la existencia de una crisis de trabajo, legitimadora de la extinción contractual, si el empleador no escoge adecuadamente al trabajador afectado, la decisión se reputa arbitraria y, por tanto, ilícita<sup>287</sup>. La selección errónea, sin atender a los criterios establecidos (en la terminología contemporánea “criterios objetivos”), rebata la existencia de la causa alegada, porque no se ha adoptado la medida más adecuada que exigía la situación de la empresa y, por ello, se estima que ha mediado el “arbitrio patronal”<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> RRMT 10 de febrero 1932 (BMTPS, n° 20, p. 278); y 28 de enero 1932 (BMTPS, n° 22, p. 503); 9 de abril 1932 (BMTPS, n° 22, p. 504); 30 de junio 1933 (BMTPS, n° 37, p. 925).

<sup>286</sup> Así, conviene tener presente “la antigüedad [del trabajador despedido], la aptitud o las mayores cargas familiares u otro cualquiera que evidencie la supresión del arbitrio patronal en acatamiento a normas objetivas”. RMT 15 de noviembre 1933 (BMTPS, 1935, n° 56, p. 286). Por ejemplo, si permanece en la empresa un trabajador con menor antigüedad que otro, “ello evidencia que en la eliminación del actor no ha existido el criterio objetivo preciso para que pueda considerarse el cese como justo, por causa no imputable al obrero, a que se refiere el art. 46 LJM’31, pues no aparece el mismo acordado automáticamente como consecuencia de la situación económica del negocio, sino que en él ha intervenido *el arbitrio patronal* al elegir al actor para localizar en él el *despido* [la cursiva es nuestra], y ello hace que sea procedente la calificación de injusto que en la sentencia se formula”. RMT 26 de junio 1934 (BMTPS, 1935, n° 55, p. 155)

<sup>287</sup> “(...) para que pueda considerarse el cese como justo por causa no imputable al obrero, ya que no aparece el despido acordado automáticamente como consecuencia de la situación económica del negocio, sino que en él ha intervenido el arbitrio patronal al elegir al obrero que había de ser despedido, y ello hace que sea procedente la calificación de injusto. RMT 26 de junio 1934 (*cit. SANTAMARÍA ANSA. El despido del obrero y del empleado, op. cit.*, p. 123).

<sup>288</sup> “El patrono no puede *despedir* a cualquiera de ellos de modo arbitrario o con un criterio de particular y subjetiva preferencia sino que ha de observar un criterio objetivo de equidad y que de no hacerlo así el despido no se conceptuará como justo”. Así, se identifican tres circunstancias de prelación: “en todo caso el eventual antes que el

El establecimiento de determinados criterios de selección de los trabajadores afectados pretende evitar que el empresario utilice esta facultad de forma indiscriminada y abusiva. En la medida que está en juego la estabilidad del contrato de trabajo y que el ordenamiento jurídico no impide que el empleador tome las medidas que estime oportunas, incluidas las que impliquen reducción del personal, se exige, por lo menos, un ejercicio ponderado y equilibrado de esta facultad extintiva<sup>289</sup>. De este modo, a pesar de que la causa deriva de una circunstancia ajena a la esfera del trabajador, se exige que haya un nexo entre ambos. Esta solución implica la verificación de una relación de causalidad entre la crisis de la empresa, la decisión extintiva y las necesidades objetivas para superar la situación.

Este proceso de objetivación del art. 46 LJM'31 limita notablemente la esfera de actuación del empleador sobre su empresa. La intromisión de los órganos corporativos es una agresión manifiesta al poder de dirección del empresario sobre los elementos que componen su explotación: ni puede determinar qué es lo que más le conviene ni tiene facultad para escoger los trabajadores que deben permanecer en ella, en función de las necesidades productivas de la empresa.

De todos modos, esta intervención pública no puede interpretarse como la superación de la provisionalidad que vertebra toda la lógica extintiva. Conviene recordar que la ausencia de causa, no conlleva la revocación de la decisión extintiva, sino simplemente el deber de indemnizar. A pesar de ello, esta concepción supone un giro copernicano en la regulación de la resolución del contrato, redefiniendo los intereses en juego. El empresario no sólo debe comprometerse a mantener la existencia de la empresa, por su propio interés, sino que debe hacerlo por el interés del trabajador a mantener su puesto de trabajo. El problema del paro en los años treinta y, sobre todo, la inexistencia de un sistema de seguridad social que cubra la contingencia del paro, intensificarán este cambio.

---

fijo, entre eventuales o entre fijos el más moderno, y en igualdad de antigüedad en el taller o empresa el menos apto” [la cursiva es nuestra]. **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>289</sup> Lo curioso es el hecho de que la permanencia del trabajador no se vincula a las necesidades objetivas de la actividad productiva, sino que responde a criterios personales (básicamente la antigüedad). No obstante, algunas sentencias tratan de corregir esta interpretación. Así, la RMT 22 de marzo 1932 (*cit. BENÍTEZ DE LUGO*. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 58 y ss) resuelve un supuesto en el que se despiden a trabajadores fijos permaneciendo los trabajadores eventuales, se acude al concepto de las “mayores condiciones de aptitud” para declarar el despido injustificado, o en otros términos, la ausencia de objetividad en la elección de los trabajadores que deben ser despedidos. En el mismo sentido, la RMT 30 de junio 1933 (BMTPS, n° 37, p. 934) se rechaza la alegación del trabajador que sostiene que no se ha respetado la antigüedad porque los trabajadores que permanecen en la empresa son de otra categoría profesional. No obstante, la vinculación de la licitud de un despido motivado por crisis de trabajo a una cuestión accesoria, como es la adecuada selección del personal, ofrece una vía de solución de los conflictos que permite a los órganos corporativos sortear el problema de la valoración de la idoneidad de la medida propuesta por el empleador. La actuación corporativa supone una intromisión extraordinaria dado que el Jurado Mixto pasa a convertirse en el sujeto que debe juzgar lo que más conviene a la Empresa. Sin lugar a dudas, el juicio acerca de la existencia o no de una crisis de trabajo y, en definitiva, la determinación de lo que verdaderamente necesita la empresa es una cuestión cuya solución es sumamente compleja. Desde esta perspectiva, el acceso a estos criterios de selección es un instrumento que permite resolver estas situaciones soslayando este tema peliagudo, de un modo pragmático, sobre la base de criterios claros y precisos, cuya comprobación y verificación es fundamentalmente objetiva, sin que sea necesario entrar en el fondo de la cuestión.



Finalmente, descendiendo al análisis sustantivo y práctico, lo cierto es que la precisión del art. 46 LJM'31 brilla por su ausencia. El precepto está redactado en términos excesivamente genéricos, confiriendo a la interpretación judicial la función de precisar no sólo sus contornos, sino también aspectos sustanciales de su contenido básico (como, por ejemplo, el concepto de “crisis laboral”)<sup>290</sup>. En definitiva, el objetivo de ofrecer a los órganos jurisdiccionales una herramienta normativa lo suficientemente flexible como para posibilitar su aplicación al mayor número de supuestos posibles, acaba convirtiéndose en la atribución de una facultad difícilmente evaluable conforme a parámetros estrictamente normativos. En definitiva, atribuyéndoles la función de resolver un conflicto de intereses y, por tanto, desarrollando funciones de naturaleza arbitral o cuasi-arbitral, alejadas, en definitiva, de la propiamente jurisdiccional. Constante en la Historia del Derecho del Trabajo español.

### ***1.2.6.- La responsabilidad por riesgo del empresario por la extinción inimputable del contrato de trabajo.***

Otro aspecto extraordinariamente novedoso de esta etapa republicana es el relativo a la imputación (o financiación) de los costes derivados de la extinción del contrato por motivos no imputables ni al empresario ni al trabajador. Según el art. 46 LJM'31 el empresario está obligado a preavisar al trabajador de la extinción del contrato<sup>291</sup>. A pesar de que el citado

---

<sup>290</sup> En este sentido, la casuística jurisprudencial tiende a una concepción amplia sobre la base de una descripción funcional inspirada en aspectos económicos y organizativos. Se considera como crisis el exceso de personal (RMT 13 de septiembre 1932 [BMTPS, 1933, n° 32, p. 276]); el exceso de existencias (RMT 22 de octubre 1932 [BMTPS, 1933, n° 33, p. 452]); la transformación de la industria (RRMT 10 de julio 1932 y 15 de marzo 1934 [cit. BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 58 a 64]); la reducción del volumen de negocio (RMT 26 de junio 1934 [BMTPS, 1935, n° 55, p. 155]); la disminución de los trabajos a los que se dedica la sociedad (RMT 27 de octubre 1932 [BMTPS, 1933, n° 34, p. 556]); la falta de trabajo (RRMT 7 de abril 1933 [BMTPS, n° 37, p. 923]; 28 de enero y 29 de junio 1932 y 27 de febrero 1933 [cit. DE LLUIS Y NAVAS. *Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales*, op. cit., p. 38]); hacer economías (RRMT 8 de septiembre 1933 [BMTPS, n° 40, p. 1412]; y 7 septiembre 1932 [cit. SANTAMARÍA ANSA. *El despido del obrero y del empleado*, op. cit., p. 118]). Aunque en este supuesto es preciso distinguir si el propósito de economías deriva de que el negocio va en declive o de un móvil de previsión patronal (RMT 6 de junio 1933 [cit. DE LLUIS Y NAVAS, op. cit., p. 38]); la decadencia del negocio (RMT 7 de septiembre 1932 [cit. VÁZQUEZ RICHART. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*. Editorial Reus. Madrid, 1956, p. 288]). Por otro lado, la crisis de trabajo debe ser evidente y la conducta del empresario consecuente con tal alegación, por lo que si contrata a nuevo personal, aunque el trabajador hubiera percibido la indemnización correspondiente, debe calificarse la extinción como injustificada (RMT 6 de abril 1933 [cit. BENÍTEZ DE LUGO, op. cit., p. 58 a 64]). Tampoco se acepta la existencia de crisis de trabajo si con posterioridad se han realizado horas extraordinarias (RMT 9 de febrero 1932 [cit. BENÍTEZ DE LUGO, op. cit., p. 58 a 64]); o se ha ampliado la jornada o establecido turnos (RRMT 14 y 24 de noviembre 1932 [cit. BENÍTEZ DE LUGO, op. cit., p. 58 a 64]); o se ha procedido a la reorganización de la industria (RRMT 6 de marzo y 22 de junio 1933 [cit. VÁZQUEZ RICHART, op. cit., p. 289]); o cuando la falta de trabajo no puede imputarse al patrono, por cuanto éste hizo lo necesario para que no faltasen materiales (RMT 30 de noviembre 1933 [cit. VÁZQUEZ RICHART, op. cit., p. 289]). Sin embargo, si la crisis es de tal intensidad que desemboca en la desaparición de la empresa, el empresario queda exonerado de la responsabilidad derivada del art. 46 LJM'31 (STS de 22 de febrero 1932, Ar. 3383).

<sup>291</sup> Art. 46 LJM'31: “El obrero puede exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de trabajo adoptadas por el Jurado respectivo” (a pesar de que no se mencione expresamente, debe entenderse vigente el plazo de preaviso de una mesada establecido en el art. 302 Ccom para los auxiliares del comerciante. HINOJOSA FERRER. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*,

precepto no se refiere a la imposibilidad objetiva, la referencia a la extinción del contrato por “circunstancias no imputables al trabajador” y el empleo del término “etc.”, permiten extender la responsabilidad empresarial a estos supuestos resolutorios. Lo que se traduce en el reconocimiento de una responsabilidad empresarial por riesgo por la extinción del contrato de trabajo.

El alcance de esta novedad legislativa está fuera de toda duda. Sin perjuicio de lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este estudio, el hecho de que el empresario tenga que abonar una indemnización incluso frente a riesgos imprevistos o, si previstos, inevitables (salvo que respete el plazo de preaviso), debe calificarse como un hito en la protección del empleo y, más concretamente, en la financiación de los costes derivados por la pérdida del trabajo. En definitiva, en el régimen jurídico de la extinción del contrato acaba irrumpiendo “una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien lo produce”<sup>292</sup>.

De todos modos, lo que subyace en esta medida es de una complejidad extraordinaria. Aplicando la lógica prevista para los accidentes de trabajo, es claro que el empresario es el creador del riesgo y principal beneficiario del mismo. Por lo que, en un primer nivel de análisis, parece lógico que, por lo menos, se le imputen *una parte* de los costes que el trabajador sufre con la pérdida del empleo (el resto – ante la inexistencia de un seguro de desempleo - es asumido principalmente por el propio trabajador y su familia). Además, debe tenerse en cuenta

---

*op. cit.*, p. 229 y 230). La doctrina contemporánea discute si el empresario está facultado alternativamente para elegir entre abonar la cantidad estipulada, o bien dejar que el trabajador siga prestando sus servicios hasta la finalización del plazo de preaviso. Las Resoluciones del Ministerio de Trabajo resultan contradictorias, dado que mientras que en algunas se afirma que “en los despidos justos, por causa no imputable al despedido, no procede se condene a la disyuntiva del aviso previo o al pago de los salarios correspondientes al plazo que el previo aviso se refiere, pues el art. 46 LJM’31 sólo admite esta modalidad sancionadora” (RMT 21 de abril 1933. En el mismo sentido, RRMT 19 de septiembre 1932; y 7 de enero, 28 de abril y 25 de agosto 1933, *cit.* **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 99 y 100). En otras se dispone lo contrario, esto es, que el empresario puede optar libremente entre una u otra opción (RRMT 3 de marzo 1933, *cit.* **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 99); y 2 de agosto 1934, *cit.* **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 98). Además, en otras ocasiones se afirma que el empleador sólo está obligado al preaviso (RRMT 1 y 5 de febrero 1932, 19 de marzo 1932 y 25 de enero 1933, *cit.* **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 99); y si el trabajador no acude al trabajo durante el plazo, se entiende que se ha producido un abandono (RMT 17 de octubre 1933 (BMTPS, 1934, n° 42, p. 190). Al respecto, la doctrina está dividida. HINOJOSA FERRER entiende que la naturaleza jurídica del preaviso suspende la efectividad de la decisión extintiva, hasta la llegada del plazo y, por ello, el trabajador está obligado a permanecer en su puesto de trabajo. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 230. En cambio, BENÍTEZ DE LUGO considera que el tenor literal del art. 46 LJM’31 “no permite otra interpretación de que lo exigible era el importe de dichos salarios y no la obligación por parte del empresario de avisarle anticipadamente su cese”. **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 100. GARCÍA OVIEDO, por su parte, afirma que “no es que el patrono esté obligado a retener en su industria al operario despedido por todo el tiempo que dure el plazo de preaviso previo, pero sí a pagarle la retribución correspondiente a los días comprendidos en ese plazo. **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 249. Asimismo, GALLART FOLCH afirma que el trabajador tiene “derecho al cobro de la indemnización correspondiente al plazo de preaviso, haya o no trabajador en el mismo”. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 84. Por su parte, RODRÍGUEZ-PIÑERO asevera que el carácter indemnizatorio del preaviso se erige como la solución preferida por el Legislador, aunque parece sostener su carácter alternativo. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 52 y 53.

<sup>292</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 36.

que la reforma de 1931, en principio, debió suponer un aligeramiento de la carga económica que hasta la fecha, al menos formalmente, estaba condenado a soportar el empresario; pues, si se admite – como se analizará detalladamente<sup>293</sup> - que en los supuestos de excesiva onerosidad el objeto del contrato sigue siendo posible, no puede defenderse la ineficacia del contrato sobre la base de un hecho obstativo (salvo que – erróneamente a nuestro entender - se acepte la denominada tesis de la “imposibilidad subjetiva”). Por consiguiente, si el empresario quiere desprenderse del trabajador, no tiene más remedio que abonar una indemnización por despido injustificado.

Ahora bien, desde otro punto de vista, si el empresario tiene que abonar una indemnización frente a estas situaciones, puede entenderse que el Legislador está gravando la decisión empresarial de incrementar su nivel de actividad o, incluso, la decisión de iniciar una actividad económica (principal fuente de creación de empleo), pues, a diferencia de la responsabilidad subjetiva, las posibilidades del empresario de buscar alternativas menos arriesgadas o de medidas que eviten el perfeccionamiento de la ineficacia contractual sobrevenida son ciertamente limitadas. Si el importe es muy elevado, es lógico pensar que más allá de contribuir a paliar los efectos que para el trabajador tiene de la pérdida del empleo, existe el riesgo de que se traduzca en la retracción de la creación de nuevos empleos. Quizás por este motivo, el Legislador habilite un mecanismo para posibilitar al empresario la exoneración de la obligación de abonar cantidad alguna (el preaviso).

### ***1.2.7.- Novedades procesales en la extinción del contrato y la estabilidad en el empleo.***

Desde un punto de vista procesal el modelo existente durante la II República es idéntico al que operaba ante los Comités Paritarios, no sólo porque los Jurados Mixtos sustituyen a aquéllos, sino porque en las zonas en las que no estuvieran implantados, siguen operando los Tribunales Industriales o, incluso, la jurisdicción civil en su defecto. En lo relativo al procedimiento a seguir ante los órganos corporativos, el Legislador republicano se limita a pulir algunos aspectos del régimen anterior<sup>294</sup>. En primer lugar, al amparo del principio de economía procesal, en las extinciones injustificadas se facilita la conversión de la prestación *in natura* por la equivalente. Ya no es necesario esperar un plazo de 48 horas para entender que el empresario no quiere readmitir al trabajador como antaño, sino que la propia sentencia (esto es, desde un principio) le reconoce la posibilidad de elegir entre restituir al trabajador a su situación

---

<sup>293</sup> Vid. Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>294</sup> En términos generales, el procedimiento no sufrió alteraciones sustanciales con respecto del establecido para los Comités Paritarios. Vid. al respecto, **HINOJOSA FERRER**. *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 179 a 202.

inicial o indemnizarle (art. 51 LJM'31). Novedad que, siguiendo la evolución de la institución brevemente descrita (y sin perjuicio de su posterior estudio más detallado), “simplemente” se limita a perfeccionar una mecánica de funcionamiento ya operativa con anterioridad (en concreto, desde la promulgación de la Ley de Tribunales Industriales de 1908, posteriormente “mejorada” en 1928). En otras palabras, no se está reconociendo dos obligaciones alternativas, sino que sólo hay una obligación, aunque su objeto debe ser concretado por la decisión unilateral del deudor. De tal modo que la indemnización sigue manteniendo una naturaleza resarcitoria sustitutiva por la no readmisión. Lo que, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO, provoca un cambio, desde un punto de vista psicológico y político, dado que la titularidad del “derecho de opción”<sup>295</sup> se convierte en el *objeto de deseo* de los trabajadores, y un motivo de reivindicación laboral, pues, es evidente que su ejercicio garantiza efectivamente la continuidad de la relación laboral<sup>296</sup> (aspecto que se analizará con mayor detalle posteriormente<sup>297</sup>).

Otro de los aspectos positivos de la reforma de 1931, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, es el incremento del tope máximo de la indemnización por resolución injustificada del contrato (hasta seis meses de jornal - art. 53.1 LJM'31). Desde el instante que el empresario puede cumplir por equivalente, el incremento del precio de salida, contribuye a encarecer el ejercicio de una determinada conducta y, por consiguiente, dibuja un nuevo espacio de estabilidad real, esto es, de inhibición, para aquellos casos en los que el empresario no esté dispuesto a abonar la cantidad legalmente prevista.

La limitación de la responsabilidad por mora del empresario a 24 jornales (o días), siguiendo con la dinámica anterior, debe valorarse, en cambio, en sentido negativo. Especialmente, porque elimina uno de los elementos que desincentivaban la litigación, incrementándose el riesgo a que, durante el transcurso del proceso, el trabajador no tenga más remedio que buscarse otra ocupación. Además, aunque la LJM'31 lo omite, las Resoluciones del Ministerio de Trabajo estiman que si el trabajador se recoloca, se descarta la posibilidad de que cobre la indemnización, porque se estima que no se le ha irrogado daño alguno<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> En puridad, la prestación por equivalencia, no significa – en ningún caso - que el empresario tenga reconocido un “derecho de opción” ni el débito indemnizatorio implica el nacimiento de una nueva obligación. Más que de opción en favor del deudor, hay que hablar de *transformación* de la obligación en obligación indemnizatoria (*vid.* al respecto *Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte*).

<sup>296</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos, op. cit.*, p. 23.

<sup>297</sup> *Vid.* *Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*.

<sup>298</sup> Entre otras, RMT 24 de abril 1934 (BMTPS, n° 52, p. 491).

### 1.2.8.- *La tácita reconducción en los contratos de duración determinada.*

Es interesante observar que el Legislador republicano, en paralelo al fortalecimiento de la estabilidad en el empleo, admite sin restricción alguna la libertad de los contratantes de fijar un término<sup>299</sup>. Entendiéndose, incluso, que en caso de que las partes no lo especifiquen el contrato se reputará como de duración determinada<sup>300</sup>. Por consiguiente, *a priori*, los contratos por tiempo indefinido y de duración determinada “aparecen en pie de igualdad (...) confiada la elección de uno y otro a la voluntad de las partes”<sup>301</sup>. Aunque, si no se hubiera estipulado plazo alguno, “se entenderá por duración del contrato la mínima que se haya fijado por bases de trabajo o pactos colectivos en la clase de trabajo a que aquél se refiera y en defecto de tales normas por la costumbre” (art. 21 LCT’31)<sup>302</sup>.

Ahora bien, para el caso de que, llegado el término pactado, ninguna de las partes lo hubiera denunciado, el contrato se entenderá prorrogado tácitamente “por un año, si el estipulado en el contrato fuese por un año, y por una semana, si el anterior hubiese sido de una semana o más, sin llegar al mes” (art. 88 LCT’31)<sup>303</sup>. La prórroga temporal del contrato por

---

<sup>299</sup> Retomando la discusión relativa a la subsunción o no de la dimensión temporal en la conceptualización de la estabilidad en el empleo que se ha efectuado al delimitar el objeto de nuestra investigación, la posibilidad de que el término del contrato persista como objeto de libre negociación contractual no debe interpretarse como una desvirtuación de la trascendencia de los avances en la configuración jurídica del principio de estabilidad que se produce durante la II República. Lo cual es lógico, no sólo porque no repercute en la concepción de lo que debe entenderse por estabilidad en el empleo, sino porque se trata de una posibilidad que venía siendo admitida desde antiguo. Por lo que, desde un punto de vista técnico-jurídico, sería un contrasentido afirmar que la estabilidad queda atenuada por la posibilidad de pactar libremente la duración del contrato, cuando en la secuencia histórica, se trata de una opción que estaba reconocida mucho antes de que el principio de estabilidad en el empleo tuviera un reconocimiento legislativo expreso. Y, sobre todo, cuando la principal manifestación del principio de estabilidad - la extinción causal del contrato - deriva del régimen extintivo de los contratos de duración determinada. El análisis de la legislación republicana contribuye a corroborar la tesis defendida en este estudio: desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, la existencia de contratos temporales, o de otro modo, la *dimensión temporal de la estabilidad* no neutraliza los mecanismos dirigidos a posibilitar la continuidad del negocio jurídico, ni mucho menos. Se trata de dos dimensiones que operan en órbitas diferenciadas (lo que no debe interpretarse como que se esté defendiendo que no tengan espacios de intersección).

<sup>300</sup> Art. 21 LCT’31: “El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido, por cierto tiempo, expreso o tácito, o para obra o servicio determinado”. Precepto que pasará sin apenas modificaciones a la LCT’44. Paralelamente, art. 81 LCT’31 establece que las causas de terminación de la relación serán aquellas “consignadas válidamente en el contrato”. Además el contrato de trabajo es susceptible de prórroga por tácita reconducción por un período de tiempo equivalente al fijado en el contrato, siempre que no haya sido denunciado. En cuanto a la denuncia no se exige ningún plazo determinado.

<sup>301</sup> ALONSO OLEA. *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 2ª edición, 1973, p. 112 y 113; y MARTÍNEZ EMPERADOR. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>302</sup> No obstante, a pesar de que es patente que el sistema apuesta por la generalización de los contratos de duración determinada, lo cierto es que se produce una progresiva extensión de los indefinidos a través de las propias fuentes que cita el art. 21 LCT’31 o los acuerdos entre las partes. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La relación de trabajo de duración determinada*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>303</sup> El régimen de la denuncia de los contratos por tiempo fijo cumple no sólo una función informativa, sino que se liga la no denuncia a la renovación del contrato. Dado que el art. 88 LCT’31 habla de “llegado el término”, se entiende que la denuncia sólo es exigible en los contratos de duración determinada y no en el resto. Por lo tanto, con la denuncia no se produce resolución del contrato, sino cumplimiento del plazo; y la falta de denuncia implica una presunción *iuris et de iure* de renovación del contrato por la continuidad temporal de las prestaciones. Por este motivo, la denuncia trata de evitar la renovación (o prórroga) del contrato y no supone el reconocimiento de una facultad de desistimiento a ninguna de las partes. *Cfr.* CABRERA CLAVER. *Concepto y naturaleza jurídica del despido*.

tácita reconducción es una muestra más del principio de estabilidad en el empleo, basada en la idea de que los “efectos de la actividad negocial deben mantenerse en vigor por el mayor tiempo posible, realizando la sustitución legal de la voluntad de las partes para que el negocio consiga sus efectos máximos”<sup>304</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que la tácita reconducción tiene una “larga tradición en nuestra historia jurídica”, la novedad de la LCT<sup>31</sup> es que la renovación del contrato “deja de basarse en una voluntad tácita, implícita o presunta de las partes (...) para tener como fuente la norma legal”<sup>305</sup>.

### **1.3.- Recapitulación.**

La creación en 1931 de un conjunto extraordinariamente completo de instituciones jurídico-positivas con el objeto de promover el *favor negotii* evidencia, a partir de la decantación por vía inductiva, la fortaleza de la estabilidad en el empleo en la vertebración de la política legislativa (desarrollando una función directiva general). Aspecto especialmente relevante si se tiene en cuenta la absoluta falta de sensibilidad del Legislador al respecto con anterioridad a la proclamación de la II República. Si bien es cierto que algunas de estas normas no hacen más que positivizar ciertas manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico propias del Derecho común, conviene resaltar que su mero reconocimiento jurídico-positivo es, *per se*, un fenómeno de una indudable relevancia. En especial, porque pone de manifiesto el carácter preeminente de este objetivo. En paralelo, conviene tener en cuenta que algunas de estas instituciones siguen vigentes en la actualidad, sin apenas haber sufrido modificación legislativa alguna. Poniendo de manifiesto la fortaleza y coherencia de los planteamientos jurídicos que las sustentan.

El análisis de la Segunda Etapa anunciada, que se efectuará en el epígrafe que sigue, nos permitirá consolidar la fortaleza de esta aseveración, poniendo de manifiesto la importancia absolutamente capital de la etapa republicana en la conformación del principio de estabilidad en el empleo.

---

RJC, Julio – Agosto 1950, p. 322. Criterio modificado con ocasión de la LCT<sup>44</sup>, al establecer que “si llegado el término no hubiera denuncia por ninguna de las partes, se considerará prorrogado tácitamente el contrato por tiempo indefinido, salvo pacto en contrario (art. 76.2).

<sup>304</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La relación de trabajo de duración determinada*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>305</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La relación de trabajo de duración determinada*, *op. cit.*, p. 46.

## ***2.- Segunda Etapa: El paro como problema jurídico-público y la intervención del Estado.***

Como hemos apuntado con anterioridad, el principio de estabilidad en el empleo a lo largo de la II República no permanece incólume, sino que es objeto de una evolución como consecuencia de la acentuación de la crisis económica y del incremento del número de parados. Fenómeno que provocará una reacción legislativa que, sin duda, evidencia una mutación en su concepción. Aspecto que, como tendremos ocasión de comprobar, teniendo en cuenta la evolución posterior de la legislación española, debe reputarse como absolutamente capital. Evidenciando la necesidad de su análisis detallado.

### ***2.1.- En incremento del paro como factor precipitante de los cambios legislativos.***

La acción legislativa de este período viene marcada, en primer lugar, por la actuación reformista, realizada durante el bienio radical-cedista (1933-35), dirigida a desmontar las reformas sociales precedentes. Y, en segundo lugar, por la reacción inversa que adopta el Frente Popular cuando alcanza el poder en 1936, restaurando lo derogado<sup>306</sup>. El descontento de las clases patronales, en radical oposición a las reformas sociales operadas, aumentan progresivamente. Paralelamente, las críticas de las clases obreras, sobre todo en los medios rurales, se intensifican ante lo que califican como cambios insuficientes<sup>307</sup>. Situación que ilustra

---

<sup>306</sup> **MONTOYA MELGAR.** *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 236 a 256.

<sup>307</sup> La reforma agraria constituye desde un primer momento una de las principales preocupaciones del Gobierno provisional de la República. Sin embargo, los cambios introducidos, encabezados por Ley de Reforma Agraria 15 de septiembre 1932 (Gaceta 21 de septiembre), no producen los resultados esperados. De hecho, la propia normativa contribuyó considerablemente a fomentar el descontento entre las clases obreras y patronales. A pesar del carácter maximalista que la inspira, desde un primer momento fue calificada de insuficiente, en la práctica apenas fue aplicada y escasamente apoyada por los sucesivos gobiernos republicanos. **MONTOYA MELGAR.** *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 207. “El problema de la verdadera forma que ha de darse a la propiedad de la tierra, viene debatiéndose desde remotas fechas, y hay que confesar que sigue sin ser solucionado, lo que ha producido esa situación de incomodidad social, por la pugna constante entre la propiedad individual y la colectiva o común, nacida, a no dudar, de la equivocada y viciosa distribución de los bienes, creando los excesivamente pobres y los insultantemente ricos, hasta constituir, según frase de LICURGO, *la opulencia y la pobreza, las dos más antiguas pestes de la República*”. **CALLEJO DE LA CUESTA.** *Derecho Social.* Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1935, p. 35 y 36. Ley que, dada la frontal oposición que suscitaba, fue objeto de reforma (Ley 1 de agosto 1935, Gaceta 10 de agosto) y posterior contrarreforma (Ley 18 de junio 1936, Gaceta 19 de junio, que deroga la Ley de 1935 restableciendo la Ley de septiembre de 1932). Tratamiento oscilante y pendular muy característico de esta etapa. También contribuyó al descontento generalizado de los sectores rurales, las medidas adoptadas para luchar contra el paro agrícola. Así, el Decreto-Ley 28 de abril 1931 (Gaceta 30 de abril; posteriormente, Ley 9 de septiembre 1931, conocida como Ley de Términos Municipales) que establece la obligación de los patronos agrícolas a emplear preferentemente a los braceros que sean vecinos del Municipio en el que deban desarrollarse los trabajos agrícolas. Normativa que fue modificada en sucesivas reformas tratando de flexibilizar su contenido y que resultaba claramente perjudicial para los trabajadores de los Municipios vecinos (Decretos 6 de agosto y 12 y 30 de septiembre 1931). Por otro lado, el Decreto-Ley 7 de mayo 1931 (Gaceta 8 de mayo), inspirado en la función social de la propiedad, impone el laboreo forzoso de las fincas abandonadas a cargo

la confrontación entre dos posturas diametralmente opuestas y que someten al Gobierno de la República en un estado de tensión constante: “la lucha de quienes se oponen a las reformas por considerarlas insuficientes y la lucha de quienes las combaten por reputarlas excesivas”<sup>308</sup>. Todo ello contribuye al incremento de las aspiraciones revolucionarias fascistas y proletarias, precipitando la radicalización exacerbada tanto de la izquierda como de la derecha. Situación que, en absoluto, se ve favorecida por el aumento constante del paro<sup>309</sup>. Elementos que se nutren y envenenan recíprocamente, provocando una espiral destructiva (casi suicida) de difícil contención, pues la convulsión social motivada por el paro retrae la inversión privada, y la ausencia de inversión provoca, a su vez, un incremento del mismo.

Así, la agudización del problema del desempleo y la ausencia de un sistema de seguro de paro obligatorio restringen el margen de maniobra del Legislador para resolver un problema, que empieza a adquirir tintes dramáticos<sup>310</sup>. Fenómeno, por otra parte, no es exclusivo de España, sino que afecta por igual y con gran virulencia a todos los países europeos<sup>311</sup>.

---

de su dueño, por causa de utilidad pública. Normativa completada por la Ley 23 de septiembre 1931 que faculta al gobierno para decretar el laboreo forzoso de las tierras abandonadas en las que “la dejación del cultivo coincide con la existencia de obreros agrícolas sin empleo”. El Decreto-Ley 18 de julio 1931 (Gaceta 19 de julio) declara prohibido el régimen de repartos de jornaleros parados entre propietarios y arrendatarios agrícolas durante las crisis de trabajo; y además, se establece un recargo sobre las contribuciones territorial e industrial para fomentar la creación de Bolsas de Trabajo y la ejecución de obras públicas. Finalmente, se impone la utilización controlada o limitada de máquinas (Orden 9 de junio 1934, Gaceta 10 de junio y Orden 10 de junio 1935, Gaceta 11 de junio). Paralelamente, las bases de trabajo elaboradas por los jurados mixtos del trabajo agrícola establecieron normas de reparto de trabajo, a través de cláusulas de relevo obligatorio, forzando la rotación entre ocupados y desempleados transcurrido un cierto tiempo. **MARTÍN VALVERDE**. *La formación del Derecho del Trabajo en España*, *op. cit.*, p. XCII. En relación a un análisis escueto pero exhaustivo de la normativa republicana relativa a la reforma agraria, *vid. DE LA VILLA GIL*. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, nota 87, p. 364. La magnitud de la desazón e inquietud generalizada, motivada por la escasa efectividad de esta batería de normas, dirigida exclusivamente a regular el mercado agrícola, y por los inconvenientes que generaba, sólo puede comprenderse si tenemos en cuenta el carácter esencialmente agrícola de la estructura productiva española.

<sup>308</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>309</sup> Aunque también contribuyen otros factores: “el aumento de la población en 5 millones de ciudadanos durante los veinticinco años precedentes; la disminución de quinientos mil emigrantes; la disminución del setenta por ciento de nuestra balanza económica; la disminución del precio de los productos agrícolas e industriales; el maquinismo y el retraimiento del capital español, “que se apresura, sórdido, a cubrir ocho o diez veces cualquier empréstito y, en cambio, deja improductivo su capital llevando a las arcas del Banco de España, en cuentas corrientes, casi cinco mil millones de pesetas, tres mil de aumento en estos últimos años””. Discurso de **BASILIO ÁLVAREZ**, “Diario de Sesiones de la Legislatura 1933-35”, Tomo XII, p. 8113. *Cit. SUÁREZ GONZÁLEZ*. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>310</sup> De todos modos, como afirma **ARANGO FERNÁNDEZ**, que recoge un estudio del Instituto Nacional de Previsión de 1933, se afirma que “al atraso industrial de España había tenido la ventaja de dejar a la economía española, en cierto modo, al margen de la crisis aguda que estaba experimentando en aquellos años la economía mundial. Sin embargo, se reconocía que a pesar del aislamiento económico en que vivía nuestro país, se dejaban sentir los efectos del paro industrial y agrario, si bien se intentaban imputar a razones distintas de las estrictamente económicas”. **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España*, *op. cit.*, p. 38. En España, las estadísticas del paro obrero involuntario del segundo semestre de 1933 muestran que en el mes de julio había 544.837 trabajadores en paro forzoso. En enero de 1934 el paro se dispara hasta alcanzar los 625.097, llegando en diciembre del mismo año a 667.898 trabajadores. En octubre de 1935 el número de parados llega a los 780.242 y en diciembre del mismo año desciende hasta los 674.161 (Fuente: **BMTIPS**, n° 46 mayo 1934; n° 54 enero y n° 65 diciembre 1935). En enero de 1936 el número de parados alcanza los 748.810, lo que supone “un 8,59 por ciento de la población obrera de España”; y en febrero de 1936, 843.872 (**BMTIPS**, n° 68 marzo y n° 69 abril 1936. Pueden consultarse otras estadísticas relativas al paro durante esta época con algunas divergencias en, **RIAZA BALLESTEROS**. *Análisis de paro forzoso en España*. CPS n° 10, 1958, p. 17 y 18). Posteriormente, en diciembre de 1939 el paro se cifra en 441.388 (fuente: **BOUTHELIER**. *En torno al problema del paro forzoso en España*. RT, 1941, n° 23, p. 233 y ss.). Aunque es probable que la reducción del desempleo, sea más por el efecto de la guerra que una



Desde un punto de vista dogmático, a medida que avanza la década, se acrecienta la desconfianza en el automatismo del mecanismo económico, en que se funda el pensamiento liberal decimonónico, y se exige, cada vez con mayor intensidad, un incremento del control por parte del Estado. Paulatinamente, va asentándose la convicción de que la *convivencia civil* exige *inaplazablemente* como presupuesto esencial y preliminar la condición asalariada, esto es, la seguridad del puesto de trabajo. Concepción que eleva al problema del paro a la condición de absoluta prioridad en la acción política jurídico-pública. En este contexto, definitivamente se evidencia que imperiosamente la estabilidad en el empleo debe *dictar* la política legislativa relativa a la regulación de las relaciones de trabajo. En tanto que contribuye a la paz social, la defensa a ultranza del puesto de trabajo se convierte en su postulado esencial<sup>312</sup>.

Seguridad que, paradójicamente, el Estado es incapaz de garantizar plenamente. Lo que motiva el reparto de los riesgos entre los diversos agentes implicados, aunque confiando la mayor parte de responsabilidad a la organización productiva (la empresa), encargada, a partir de ahora, de alcanzar un orden relativamente estable. Esta situación le confiere un papel trascendental en el devenir no sólo de la vida económica, sino de la paz social. La “empresa”, singularmente considerada, debe hacerse cargo de la demanda generalizada de estabilidad en el empleo que solicita la sociedad y que, infructuosamente, es incapaz de alcanzar el Estado. Este proceso exige, lo que podría denominarse, su “deseconomización”, pues, su funcionamiento queda condicionado por una serie de cargas de tipo social que obstaculizan su operatividad (tal y como se venía entendiendo hasta ahora), juego de lo que otrora constituía el indiscutible paradigma del liberalismo económico<sup>313</sup>. La justificación de este replanteamiento del papel de la

---

consecuencia de las medidas dirigidas a reactivar la producción. De todos modos, la Oficina Central de Colocación y Defensa contra el paro manifiesta, en numerosas ocasiones, que las cifras que aporta no son del todo fiables. Los datos relativos al paro eran remitidos mensualmente por cada municipio y el número de los que lo hacían variaban de un mes al otro. En consecuencia, no se puede obtener una cifra del número de parados adecuada porque no pueden compararse los datos de un mes con los de los meses precedentes. De hecho, en un primer momento, es normal que aumentara el número de desempleados porque aumentaba cada mes el número de municipios que enviaban sus datos. Por ejemplo, en el mes de junio de 1935, 7.162 poblaciones habían suministrados datos del paro, 673 más que en el mes anterior. En cambio, en octubre de 1935 lo habían hecho 6.900 pueblos (BMTPS, nº 61 agosto y nº 65 diciembre 1935). Además, como denuncia la Oficina Central de Colocación y Defensa contra el paro, algunos Municipios exageraban las cifras contra el paro, creyendo con ello poder obtener mayores beneficios de la Ley contra el paro. Lo cual generaba una tendencia patológica a inflar los datos o a no actualizarlos (BMTPS, nº 64, noviembre 1935). En términos similares, RIAZA BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 18.

<sup>311</sup> “Tal vez es hoy en día el problema que más preocupa a los Gobiernos de todos los países, por las grandes proporciones adquiridas en los últimos años. La cifra de 30 millones de parados que se daba en la Memoria del Director de la Oficina Internacional del Trabajo en 1933, demuestra la importancia trascendental del problema, que encierra indudables peligros sociales, políticos y hasta sanitarios”. MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS. *Derecho Social*, *op. cit.*, p. 437.

<sup>312</sup> Como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, “a partir de 1935 el despido por causas no imputables al trabajador va a ser absorbido dentro de la problemática del paro”. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. *La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo*, *op. cit.*, p. 248.

<sup>313</sup> Término, también empleado por DURÁN LÓPEZ al analizar la situación de las empresas al principio de la década de los 80, para denotar que las empresas deben soportar toda una serie de cargas por motivos sociales. DURÁN LÓPEZ. *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, *op. cit.*, p. 20.

“empresa”, en este momento histórico, radica en la extraordinariedad de la situación “que exige ciertos sacrificios a las empresas y pone freno a determinados egoísmos”<sup>314</sup>.

Hasta ese momento, para “el pensamiento ortodoxamente liberal, la empresa es concebida, desde un punto de vista económico, como un elemento de la armonía de la verdadera institución económica y natural, el mercado. Y desde un punto de vista socio-jurídico, sólo y simplemente el empresario”<sup>315</sup>. A partir de la crisis que sacude a la economía capitalista desde 1930, esta concepción cambia profundamente. El problema del desempleo (entre otros factores) confiere a la “empresa” un significado y una trascendencia desconocidos hasta la fecha que excede de lo meramente económico, invadiendo la esfera social e incluso moral. De algún modo, como apunta SUPLOT, se acepta que “si los hombres son una riqueza para la empresa, la empresa debe también ser una riqueza para los hombres”<sup>316</sup>. Desde este instante, la “empresa”, como medio de creación de riqueza y de satisfacción de las necesidades vitales de los componentes de la sociedad, está regida por un interés que no se identifica necesariamente con el de su propietario.

Proceso al que le acompaña el auge de las denominadas *tesis relacionistas* que (tratando de superar los desequilibrios del contrato liberal) atribuyen a la empresa un papel fundamental en el desarrollo de la vida económica y social, sin que ello implicara su burocratización estatal ni la anulación de la iniciativa privada<sup>317</sup>. Planteamientos que, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, plantean directamente la discusión (hoy ya superada), de la personificación jurídica de la empresa<sup>318</sup>

Dejando al margen esta interesante discusión doctrinal, por exceder del objeto de estudio, lo cierto es que la empresa se erige como el instrumento paradigmático para la creación y, sobre todo, la protección del empleo; por lo que, puede afirmarse que, la intervención del

---

<sup>314</sup> MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español, op. cit.*, p. 13.

<sup>315</sup> MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*. Editorial Argot, 2ª Edición 1983, p. 30.

<sup>316</sup> SUPLOT. *Crítica del Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 207.

<sup>317</sup> “La libertad del empresario subsiste; pero a su lado, para integrarla unas veces, y para rectificar errores, otras, surge una autoridad de la Empresa como distinta de la voluntad individual y aislada de aquél. (...) La Empresa como “business corporation”, tiene plena vivencia, y desde un punto de vista orgánico ya no se nos aparece como un “capital”, es decir, como un puro instrumento patrimonial, sino que es un conjunto de medios técnicos y un grupo de personas (el empresario, sus asesores, sus empleados y obreros) puestos al servicio de una idea: producir o crear algo o satisfacer una necesidad. Importa ante todo las funciones que realiza”. PÉREZ BOTIJA. *Contrato de trabajo y derecho público*. RGIJ, Tomo VII (175), 1944, p. 669.

<sup>318</sup> En virtud de esta corriente doctrinal, la transformación de la empresa como una institución no es fruto de un proceso jurídico, sino de un cúmulo de circunstancias y factores diversos concatenados entre sí. PÉREZ BOTIJA. *Contrato de trabajo y derecho público, op. cit.*, p. 663 y 669. La asimilación conceptual de esta concepción es extraordinariamente tardía en España, puesto que tiene su origen en la I Guerra Mundial. En 1917 RATHENAU, afirma que “Estamos en la víspera de profundos trastornos en la estructura y en el espíritu de nuestra economía (...). Revolución mundial más que acontecimiento político, la guerra ha reducido a ruinas el edificio del orden económico y social europeo en menos meses que en años de paz. De estas ruinas no nacerá un reino del libre juego de las fuerzas económicas. Tampoco el futuro de la empresa será el reforzamiento de la concepción económico-privada, sino esencialmente la inserción consciente de la economía en la colectividad, su integración en el espíritu de la responsabilidad colectiva y del bien del Estado”. *Cit.* MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica, op. cit.*, p. 71. *Vid.* también, CABRERA BAZÁN. *La novación ilícita del contrato de trabajo*. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1963, p. 49 y 50.

empresario y la satisfacción de sus intereses quedan “relegados a un segundo plano”. La empresa deja de concebirse como una propiedad privada del empresario, sino como una organización económica y social, donde “conviven no una, sino una pluralidad de relaciones inter-individuales y, colectivas, como ámbito en el que se agrupan y ordenan prestaciones de trabajo que convergen a la consecución de un fin común – que no es sólo el beneficio del empresario, sino el mantenimiento de la empresa en el mercado”<sup>319</sup>.

Este proceso está estrechamente ligado a la posibilidad de alterar o resolver el contrato por motivos inimputables del trabajador (cuyo fundamento, como se ha apuntado, reside en la excesiva onerosidad). En efecto, la posibilidad de sustraerse de lo convenido, se admite en la medida que garantiza la viabilidad de la empresa y, con ella, el empleo de los trabajadores que permanecen en ella. Desde su reconocimiento como causa extintiva del contrato, la continuidad del trabajador en la empresa está estrechamente ligada a la “institución-empresa”, en perjuicio del “empresario-propietario”, pues la justificación no se supedita a sus necesidades subjetivas sino a las de la organización productiva<sup>320</sup>. La empresa pasa a convertirse en un bien susceptible de protección jurídico-pública que no puede gestionarse exclusivamente atendiendo a los designios individuales de su propietario (según su mera conveniencia). En definitiva, la actividad productiva de la empresa privada va asumiendo progresivamente relevancia pública<sup>321</sup>, pues, de ella depende gran parte la estabilidad del empleo y, por ende, la paz social. Por lo que debe ser objeto de protección en sí misma. Carácter que ya no abandonará hasta nuestros días. Lo importante del caso, es que, de nuevo, el principio de estabilidad en el empleo, en el ejercicio de su *función directiva general*, propicia (o impulsa) una nueva *ofensiva legislativa* dirigida a promover, en la medida de lo posible, la continuidad del empleo a través de nuevas formulaciones jurídico-positivas. Lo que más allá del éxito de las medidas en sí (en realidad, más bien escaso), contribuirá a fortalecer la preeminencia de este principio en el ordenamiento jurídico-laboral.

## ***2.2.- La adopción de medidas extraordinarias de contención del empleo.***

La virulencia que adquiere el problema del paro, desconocida hasta la fecha, contribuyó a su percepción como un fenómeno excepcional, que exige medidas provisionales y drásticas a

---

<sup>319</sup> VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 166.

<sup>320</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Empresa y contrato de trabajo*. Separata de Anales de la Universidad Hispalense, Volumen XX, Año 1960, Sevilla, p. 82.

<sup>321</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 62. En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA entiende que “en lo que a la crisis se refiere, un dato a retener es que su relevancia jurídica escapa a la libre decisión de los particulares para entrar en terreno de “lo público””. SAGARDOY BENGOCHEA. *Sobre las crisis laborales o económicas: concepto*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid 1970, p. 137.

la espera de la normalización de la vida económica (que, se espera, no tardará en llegar). Paralelamente, como se acaba de exponer, empieza a consolidarse la idea de que si la empresa es el epicentro del equilibrio social debe ser objeto de protección en sí misma. En consecuencia, la seguridad en el empleo asume una nueva connotación, pues el mantenimiento de la vigencia de los contratos de trabajo permite a la empresa eludir el pago de las indemnizaciones, lo que garantiza su subsistencia y, con ella, la vida de los contratos que dependen de ella. Si el capital es la fuente de la que emana la riqueza y el equilibrio social, no debe salvaguardarse la empresa para que pervivan los contratos de trabajo, sino, éstos deben permanecer estables para que la empresa pueda subsistir en el tiempo. Sólo si se protege adecuadamente a esta institución la paz social estará garantizada<sup>322</sup>.

En este contexto, la regulación jurídica de la extinción del contrato de trabajo supera las consideraciones puramente individuales y se adhiere a la órbita del interés político-estatal, de salvaguarda del empleo. En definitiva, una medida “rudimentaria” de Seguridad Social, dirigida a proteger las necesidades vitales del trabajador<sup>323</sup>. La única solución plausible que baraja el Legislador frente al paro es tratar de evitar en la medida de lo posible que los individuos con empleo lo pierdan. Esta política de empleo no aspira a aumentar el número de ocupados (que, como se verá, se tratará de conseguir mediante políticas de inspiración *keynesiana*), sino que es “menos ambiciosa”, pues, su objetivo es que, por lo menos, el número de desempleados no aumente. Para ello se opta por restringir las medidas que posibilitan la *movilidad externa*.

La razón de estas limitaciones reside, como expone ALONSO OLEA, en la inadecuada protección del paro. La imposibilidad de garantizar una sustitución de la renta en caso de pérdida del empleo deriva en una restricción de la *movilidad externa*<sup>324</sup>; esto es, en la prevención del paro, mediante el mantenimiento a ultranza del empleo existente. En efecto, la posibilidad de organizar el Seguro contra el paro, es una cuestión discutida a lo largo de toda la República (al igual que lo que sucedía con anterioridad)<sup>325</sup>. En esta disyuntiva el Legislador republicano

---

<sup>322</sup> Expresa esta idea la tesis de PÉREZ BOTIJA cuando afirma que “conscientes de que un hombre en peligro es un peligro para los otros hombres, el despido, dentro de la complejidad de situaciones del paro, pierde necesariamente su carácter tradicional: la fundamental preocupación es de la conseguir una situación de pleno empleo que permita, tanto al empresario como a sus subordinados, el mantenimiento sobre su propio esfuerzo de la situación familiar y social que en nuestro tiempo se exige desde las categorías o valores de la humanidad. En esta preocupación, los intereses de ambos contendientes tradicionales – empresarios y obreros - por las garantías o apoyaturas legales, no aparece ya como antitética, sino fundida en una sola: la prosperidad de la empresa en una sociedad también próspera”. PÉREZ BOTIJA. *¿Socialización de la Seguridad Social?* CPS n° XIV, 1952, p. 14.

<sup>323</sup> MIROLO. *Estabilidad y despido sin justas causas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, p. 9, 10, 14 y 15.

<sup>324</sup> Fenómeno especialmente visible durante las primeras décadas del franquismo. *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>325</sup> En este sentido, para la doctrina contemporánea el seguro contra el paro forzoso “cualitativa y cuantitativamente supera a los demás seguros, porque la enorme desproporción cuantitativa invade la esfera de lo cualitativo y la satura. Es al mismo tiempo el más difícil de construir jurídica y técnicamente, por la gran masa de beneficiarios en un momento dado, y el fallo del cálculo de probabilidades que dificulta hallar la prima matemáticamente justa, aparte de los fraudes e incluso fomento de la ociosidad”. ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Derecho obrero, op. cit.*, p. 176. Y, según CALLEJO DE LA CUESTA, “Ha sido vivamente discutido si el paro puede ser objeto de esa previsión de segundo grado que constituye el Seguro; se fundan los que niegan la posibilidad (...) en que es requisito indispensable del Seguro, que el riesgo que cubre sea completamente involuntario del asegurado, y el paro puede no serlo, o no serlo totalmente (...), cuya circunstancia es muy difícil poder acreditar, como la del que acumule la indemnización del

descarta, en un principio, la posibilidad de configurar un sistema de seguro contra el paro<sup>326</sup>, aunque sin renunciar a la posibilidad de crearlo, optando por uno de libertad subsidiada. En virtud del Decreto 25 de mayo 1931<sup>327</sup>, de previsión contra el paro forzoso, se crean las bases de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso<sup>328</sup>. El objetivo de esta institución, dependiente del Instituto Nacional de Previsión, es estimular (mediante la concesión de bonificaciones) a aquellas instituciones que promuevan la colocación y el auxilio de los parados, complementando los subsidios que concedan a los sin trabajo<sup>329</sup>. El modelo a seguir es el denominado *sistema de Gante*, es decir, se trataba de fomentar un seguro voluntario con la ayuda del Estado a través de la concesión de subvenciones<sup>330</sup>.

A pesar del impulso inicial de la República para combatir este fenómeno, lo cierto es que la agudización extrema del problema del paro paralizará (resignadamente) cualquier medida dirigida a intensificar la protección de los parados por esta vía<sup>331</sup>. En concreto, siguiendo la exposición de CALLEJO DE LA CUESTA, el 15 de mayo de 1935 se presentó a las Cortes un proyecto de Ley, por el Ministro de Trabajo, en cuyo preámbulo se establecía: “en las actuales circunstancias del país parece imprudente lanzarse a una política de Seguro contra el paro, que

---

Seguro de paro con el salario de otro trabajo que realice ocultamente, además, afirman, es necesario en el Seguro, que el riesgo amenace por igual a todos los beneficiarios, y es sabido que el paro, generalmente, no alcanza, ni amenaza a los obreros calificados, a los de determinadas industrias no afectadas por las crisis económicas; y ellos, naturalmente, no sienten el estímulo del Seguro, y cotizarían para él con desgana; además, todo este se une a la gran oscilación que tiene el paro, dependiente de tan múltiples y complejos factores, lo que dificulta, si no imposibilita, una fórmula de actuariación sobre bases sólidas. A estos razonamientos se opone, por los partidarios del Seguro, que el fraude cabe en la enfermedad y el accidente; que voluntariamente puede provocarse el hecho indemnizable; el Seguro de Accidentes cubre la imprudencia profesional, que al fin es el acto voluntario sin dolo; que el riesgo amenaza indistintamente a todos los asalariados, cuyas circunstancias de lugar y de tiempo tan mudables pueden ser”. CALLEJO DE LA CUESTA. *Derecho Social, op. cit.*, p. 206 y 207. *Vid.* al respecto también, GARCÍA OVIEDO. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 708 a 713. Reflexiones que se repiten en la edición de 1946 de la misma obra (p. 820 a 826); y GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo, op. cit.*, p. 382.

<sup>326</sup> En efecto, uno de los fines de la Caja Nacional contra el Paro era estudiar la organización definitiva de un sistema de seguro contra el paro (apartado 5º Base Tercera Decreto 25 de mayo 1931).

<sup>327</sup> Gaceta 27 de mayo.

<sup>328</sup> Desarrolladas por el Decreto 30 de septiembre 1931 (Gaceta 2 de octubre), que establece el Reglamento de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso.

<sup>329</sup> Según la Base Quinta, “se entenderá por paro forzoso el producido por causas ajenas a la voluntad del parado que no encuentre una ocupación adecuada a su trabajo habitual, con exclusión, por tanto, del que se deriva de incapacidad física del obrero (accidente, enfermedad común o profesional, invalidez y vejez) y de los conflictos del trabajo (huelgas y paro patronal)”. Según la Base Décima son beneficiarios de la bonificación del asalariados comprendidos entre los 16 y 65 años de edad, cualquiera que sea su sexo, su patrono, la clase de su trabajo y la forma de su remuneración, siempre que no exceda de 6000 pesetas anuales (quedan excluidos los funcionarios y los empleados domésticos). Y, según la Base Undécima, el subsidio que puede percibir el parado, siempre que haya estado seis meses afiliado o inscrito en la entidad subvencionada, no puede exceder (sumada la bonificación de la Caja Nacional contra el Paro Forzoso) del 60 % del jornal ordinario del parado, durante un período máximo de 60 días (en doce meses consecutivos), percibiéndose transcurridos seis días sin trabajo ni salario. *Vid.* al respecto, ARANGO FERNÁNDEZ. *La protección por desempleo en España, op. cit.*, p. 27 a 33.

<sup>330</sup> ARANGO FERNÁNDEZ. *La protección por desempleo en España, op. cit.*, p. 27.

<sup>331</sup> Como afirma GALLART Y FOLCH, “el seguro de paro ha sido muy combatido porque son muchos los que sostienen que una calamidad colectiva que puede adquirir un área tan extensa, y que, además, responde a un fenómeno tan poco conocido en sus leyes como las crisis económicas, no puede ser objeto de un cálculo de riesgos en que fundamentar una sólida base económica del mismo, Ciertamente que la crisis que actualmente estamos padeciendo, ha desbordado todas las previsiones actuariales ensayadas en torno al fenómeno del paro y que ninguna de las organizaciones previsoras se ha demostrado suficiente”. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo, op. cit.*, p. 382.

no siempre dio buen resultado; pero tampoco sería conveniente abandonar por entero esta cuestión, aunque concretándola al paro tecnológico y al estímulo de las iniciativas espontáneas y libres de las Sociedades y Corporaciones públicas”<sup>332</sup>.

En este contexto, la restricción del ámbito de actuación empresarial se convierte, entonces, en el caballo de batalla de esta nueva política de empleo, que más allá del progreso social que lleva aparejada, constituye, fundamentalmente, una política de previsión social contra el paro<sup>333</sup>. En definitiva, frente a los graves problemas de desempleo, emerge “la necesidad de que el Derecho del trabajo se convierta en una tupida red de seguridad para la exclusiva defensa de los trabajadores que ya tienen un puesto de trabajo, aunque ello suponga el perjuicio de aquellos otros que careciendo de él pretenden conseguirlo”<sup>334</sup>.

Desde una perspectiva de técnico-jurídica, la acción legislativa trata de centrarse en dos ámbitos de actuación empresarial diferenciados, aunque con desigual fortuna: la readmisión forzosa del trabajador despojado de su puesto de trabajo sin justificación; y el control previo de los órganos corporativos y de la Administración de las extinciones contractuales motivadas por falta de trabajo. Medidas que inauguran una nueva política social y económica para remediar y evitar el paro, que se erigirán en las principales (y únicas) herramientas de lucha contra este fenómeno por antonomasia hasta los años sesenta, momento en el que se generaliza el seguro de desempleo.

Veamos detalladamente cada una de ellas.

### ***2.2.1.- Resolución del contrato injustificada y readmisión forzosa: crónica de un fracaso anunciado.***

En cuanto al reconocimiento del “derecho de opción” en favor del trabajador es claro que es un medio que permite extraer de la esfera del empresario la decisión relativa a la continuidad del contrato de trabajo. Característica que – como hemos apuntado - la convierte en la máxima aspiración de las reclamaciones obreras. Probablemente, impulsado por las constantes presiones, y a pesar de los perjuicios que dicha medida irroga en el empleador, el

---

<sup>332</sup> CALLEJO DE LA CUESTA. *Derecho Social, op. cit.*, p. 210.

<sup>333</sup> “La preocupación de estabilizar cada vez más la relación de trabajo, y de hacer más difícil la rotura de los vínculos contractuales, por sus graves consecuencias, condujo a que paralelamente a las medidas de protección que se iban dictando en beneficio de los inquilinos, arrendatarios, etc., el derecho de despido dejase ya de ser concebido como facultad de dirección del empresario dentro de su empresa y sufriese una fuerte limitación, que si por un lado se debía a la carrera de progreso social, alentada por la agitación política, por otro lado eran también prudentes medidas de seguridad social que se adoptaban ante los negros horizontes del paro, de malestar y de miseria que empezaban a amenazar en algunos sectores de la vida nacional”. MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español, op. cit.*, p. 5.

<sup>334</sup> RIVERO LAMAS. *Técnicas modernas de garantía del empleo, op. cit.*, p. 28. Planteamiento que será plenamente asimilado por la política jurídico-laboral franquista y que, pese a su progresivo debilitamiento a partir de la crisis económica de 1973, sigue vertebrando sustancialmente esta rama del ordenamiento jurídico.

Legislador acaba otorgando la llave de la continuidad a los trabajadores. Planteamiento especialmente importante si se tiene en cuenta que *tiende* a una configuración de “los ‘puestos’ de trabajo como de ‘propiedad’ o ‘dominio’ de los trabajadores que los ocupaban”. Circunstancia que se consolidará durante las primeras décadas de la posguerra<sup>335</sup>.

No obstante, el reconocimiento de esta prerrogativa no es general sino que su virtualidad se extiende en momentos puntuales y limitadamente a situaciones muy específicas y heterogéneas. Concretamente, se restringe el “derecho de opción” del empresario en tres supuestos: empresas de cierta dimensión, empresas con trabajadores extranjeros, y extinciones contractuales impulsadas por motivaciones o huelgas políticas<sup>336</sup>.

Esta disparidad hace pensar que el reconocimiento del “derecho de opción” se utiliza en función de criterios de oportunidad política, tratando de solventar (apaciguar) situaciones conflictivas muy particularizadas. En definitiva, puede calificarse como un arma política para estados de crisis social (muy) agudos. Disputas perennes si se atiende a la fugaz vigencia de estas reformas. En todas ellas, al poco tiempo de su implantación, el Legislador echa marcha atrás y restituye la situación a como estaba con anterioridad. De hecho, estos vaivenes normativos son ilustrativos de la desorientación política para afrontar el problema del desempleo, de las presiones y amenazas que pendían sobre los poderes del Estado (expresión, a su vez, de su debilidad), de la situación de permanente convulsión en la que se hallaba la sociedad española y, sobre todo, de la trascendencia de la titularidad del “derecho de opción” o, en otros términos, de las dificultades de garantizar el empleo existente. Lo cual la convierte en una herramienta extraordinariamente compleja y problemática porque, por definición, el reconocimiento en favor de una de las partes irroga irremediablemente un perjuicio en la otra.

En suma, al margen del fracaso que supuso para los intereses de los trabajadores el repliegue del Legislador en el establecimiento de la readmisión forzosa, lo trascendente radica en que constituye el primer intento jurídico que trata de *intensificar* las garantías al mantenimiento del vínculo contractual supeditando la continuidad del contrato a la decisión del trabajador. En cualquier caso, esta política de empleo intensifica aún más si cabe el traslado del drama del desempleo al ámbito de la empresa, singularmente considerada, pues el reconocimiento de esta prerrogativa se realiza en detrimento de los intereses de la otra parte, perpetuando el conflicto entre ambas. Por otro lado, el vaivén normativo confirma la idea de que “la opción normal de los ordenamientos en favor de la indemnización – frente a la

---

<sup>335</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA. *La amortización de vacantes en el derecho laboral español*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993, p. 633.

<sup>336</sup> *Vid.* un análisis detallado de cada uno de estos supuestos en *Epígrafe II del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte)*.

anulación o revocación del despido – descansa sobre motivos ajenos a la naturaleza del contrato de trabajo<sup>337</sup> y pende esencialmente en motivaciones de carácter político.

### ***2.2.2.- La limitación de la facultad resolutoria empresarial a través de la intervención previa y la modificación del contrato como alternativa a la resolución del contrato.***

La percepción del paro como *el problema* jurídico-público *prioritario* del Legislador eclosiona con la Ley 25 de junio de 1935<sup>338</sup> sobre medidas transitorias para remediar el paro obrero<sup>339</sup> (en adelante, LPO'35). Acción legislativa que evidencia que la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo ha alcanzado un nuevo estadio. La citada Ley establece una batería de medidas de política económica dirigidas a “prevenir, aminorar y hacer desaparecer el paro involuntario”<sup>340</sup>, inspirada en los grandes planes de obras públicas realizados en diversos países como reacción a la crisis<sup>341</sup>.

Hasta la fecha, la reforma agraria había acaparado la atención legislativa en materia de política económica. Monopolio que empieza debilitarse a medida que se acelera el número de parados y que se pone de manifiesto el fracaso del ambicioso plan agrario (lo primero probablemente motivado, en parte, por lo segundo)<sup>342</sup>. Con la reforma de 1935, el Estado no adopta una función meramente correctora de las disfuncionalidades del sistema, sino que apuesta por conformarlo y regularlo. La LPO'35, tal y como dicta su propio título, establece un conjunto de medidas *transitorias*. En la naturaleza provisional de la norma subyace la idea de que se trata de remediar situaciones extraordinarias y pasajeras, “que se presentan en determinados

---

<sup>337</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>338</sup> Gaceta 26 de junio.

<sup>339</sup> En relación con la tramitación de la Ley de 21 de junio 1935 y las sucesivas discusiones parlamentarias, *vid.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 240 a 245.

<sup>340</sup> CALLEJO DE LA CUESTA. *Derecho Social*, *op. cit.*, p. 205;

<sup>341</sup> Planes cuatrienales alemán, brasileño, rumano, húngaro y turco, el plan quinquenal ruso (*Piatiletka*), el trienal de Francia y Venezuela e incluso un plan de quince años elaborado por Polonia en 1932. PÉREZ GONZÁLEZ. *Consideraciones sobre el paro obrero*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>342</sup> Con anterioridad se había dictado diversas disposiciones de fomento de obras públicas con la finalidad de combatir el paro obrero. El Decreto 28 de marzo 1905, fomenta las obras públicas para remediar la crisis obrera. La Orden 1 de mayo 1905 para canalizar el despacho de peticiones sobre calificación de obras públicas de interés preferente. El Decreto 20 de julio 1905 que consigna créditos para la ejecución de obras públicas y caminos vecinales. Y finalmente, el Decreto 9 de febrero 1906, que adopta medidas para emprender construcciones de caminos y obras hidráulicas aptas para proporcionar trabajo a la masa obrera *bambrienta y ociosa*. DE LA VILLA GIL. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 114. Posteriormente, se dicta la Ley 7 de julio 1934 (Gaceta 8 de julio), con el objeto de iniciar una política contra el paro por medio de la ejecución de obras públicas, estimulando las iniciativas privadas, creando una Junta Nacional, presidida por el Ministro de Trabajo, para la ordenación de un plan de obras y encomendando la Cámara al Gobierno la presentación en el plazo de 3 meses de un proyecto de seguro contra el paro forzoso ordinario, y demás medidas convenientes para remediar el extraordinario. Posteriormente, la Ley 13 de febrero 1935 (Gaceta 14 de febrero), relativa a obras públicas urgentes para remediar el paro obrero, autoriza al Ministerio de Obras Públicas a prescindir del cumplimiento de determinadas formalidades en los expedientes de construcción de obras públicas, transitoriamente durante 1935 (art. 1).



sectores de la economía, pero que cuando éstos recobren su normalidad, harán innecesaria su aplicación”<sup>343</sup>. En definitiva, son medidas especiales para hacer frente a un problema excepcional. No obstante, la agravación del paro se percibe como un problema coyuntural, que requiere una intervención puntual de los poderes públicos dirigida a reconducir los desajustes del mercado.

Lo “curioso” es que en España, la convicción del carácter excepcional de esta situación se prolongará durante largo tiempo, amparándose en las circunstancias extraordinarias que sucesivamente han ido alterando el devenir normal de la vida española: primero la crisis económica a raíz del “Crack de 1929” y, posteriormente, las guerras y consiguientes posguerras. Hechos que, en definitiva, contribuirán a crear una visión distorsionada de un problema que hunde sus raíces en hechos de extraordinaria complejidad y que en su momento fueron obviados, pues quedaban en la sombra de otros que resaltaban con mayor intensidad<sup>344</sup>. Esta concepción explica la tendencia aislacionista del Derecho del Trabajo con respecto a los cambios económicos, “bastando para responder a ellos los propios mecanismos internos de reacción”. Durante largo tiempo, los cambios se han planificado con una orientación temporal, “como instrumento coyuntural de respuesta a problemas también coyunturales”, de tal forma que “la finalidad del cambio es la estricta adaptación a la crisis y se [mantiene] en tanto que ésta se [mantenga]”. Concepción que, probablemente, permanecerá en la mente del Legislador hasta la reforma del mercado de trabajo de 1994<sup>345</sup>.

Volviendo a la realidad republicana, la política contra el paro que contiene la LPO’35 se inserta básicamente dentro de la lógica *keynesiana* de estímulo de la economía, a través del aumento de la demanda de trabajo y financiada con fondos públicos: consignando directamente dinero para obras públicas, o bien indirectamente a través de subvenciones del Estado de obras de iniciativa privada<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> **MARAVALL CASESNOVES**. *El despido por crisis en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>344</sup> “La raíz del paro actual en España no se encuentra ni en razones técnicas ni en razones de estricta economía, sino en la misma guerra que hemos tenido que liberar, que, además de haber agotado nuestras reservas, de haber destruido gran número de instalaciones, de haber convertido en eriales tierras cultivadas, ha producido un tremendo colapso ocasional en nuestra economía, del que lentamente estamos rehaciéndonos”. **BOUTHELIER**. *En torno al problema del paro forzoso en España*, *op. cit.*, p. 236. Visión que, por otra parte, será constantemente alimentada por las esferas del poder para tratar de justificar la inoperancia de las reformas y medidas dirigidas a evitar este problema. En términos similares, **MARAVALL CASESNOVES**. *El despido por crisis en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 50 y 51.

<sup>345</sup> **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>346</sup> Para este propósito el art. 17 dispone que se destinarán 200 millones de pesetas. Lo curioso es que el debate relativo al establecimiento de un seguro de paro obligatorio, siempre recibía el calificativo de inapropiado por el elevado coste que el mismo podría ocasionar a las arcas del Estado. El temor al desbordamiento inmediato del seguro y consiguiente bancarrota, estaba claramente infundado sin una mínima verificación empírica, pues no existían estadísticas fiables que mostraran la dimensión real del desempleo. De todos modos se trata de un argumento recurrente, que esconde fundamentalmente la negativa de la clase patronal a financiar con sus cotizaciones el seguro. El largo transcurso de tiempo y las interminables discusiones, probablemente acabaron distorsionando los argumentos y radicalizando las posturas en favor y en su contra, alejándose progresivamente de una visión ponderada de las verdaderas repercusiones que se derivarían de su implantación. Lo cierto es que el nivel de crispación que impera durante la II República impedían cualquier análisis y debate sosegado.

Lo curioso es que, dentro de una norma de política económica, se *cuele* un artículo dirigido a controlar las *cesaciones colectivas*, a pesar de que el art. 46 LJM'31 reconoce la posibilidad de resolver los contratos por sobrevenida crisis de trabajo. Artículo que no estaba incluido en el Proyecto de Ley contra el Paro Involuntario 15 de mayo 1935, presentado a las Cortes<sup>347</sup>. Concretamente, el art. 12 LPO'35 dispone lo siguiente: “En aquellas industrias en que se justifique la necesidad de despido parcial de obreros por falta de trabajo, y también en las obras que estén incluidas en esta ley de Paro, se autoriza al Ministerio del ramo para, oído el parecer del Jurado mixto que corresponda, establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las Empresas para elegir entre ambas medidas”<sup>348</sup>.

Artículo desarrollado posteriormente por el Decreto 29 de noviembre 1935, sobre despido parcial de obreros por falta de trabajo<sup>349</sup> - en lo sucesivo, DCr'35<sup>350</sup>. El procedimiento descrito en el artículo 12 LPO'35 es el siguiente: se prohíbe la extinción del contrato en situaciones de crisis (“falta de trabajo”), autorizando al ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado Mixto, establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las empresas para elegir entre ambas opciones. La “empresa” debe comunicar a los Jurados Mixtos la voluntad de extinguir las relaciones de trabajo por falta de trabajo, debiendo justificar adecuadamente su decisión. Se decreta, por tanto, la prohibición de extinguir por crisis, a no ser que previamente se ponga en conocimiento del Jurado Mixto y resuelva el Ministerio.

Sistema sensiblemente modificado por el DCr'35. Si bien se mantiene la misma prohibición, la competencia para aceptar la pretensión del empresario o denegarla, proponiendo el establecimiento de turnos o la reducción de los días semanales de labor, es asumida directamente por el órgano corporativo. Si estas medidas no son aplicables, la empresa puede extinguir los contratos. Si, en cambio, estima que alguna de ellas es preceptiva, se establece un trámite previo en el que se puede impugnar la decisión, por entenderlas lesivas, antes de que resuelva definitivamente el Ministerio de Trabajo<sup>351</sup>. En tanto que la empresa debe comunicar al Jurado Mixto su intención de proceder a la extinción de los contratos, este

---

<sup>347</sup> Anuario de Legislación Social, mayo 1935 p. 201, en BMTPS n° 58 mayo 1935. De hecho el Ministro FEDERICO SALMÓN que presenta el Proyecto en las Cortes declara que “no pretende el Gobierno, con un solo proyecto de Ley resolver esta cuestión. Por el contrario, reconoce y declara que sin una política general económica, sin el mantenimiento del orden público material y sin alcanzar un grado mínimo de solidaridad de todos los españoles, la iniciativa privada, que ha de ser solución definitiva, permanecerá extraña a esta obra, con peligro cierto de que sean inútiles las medidas complementarias”. Diario de sesiones de la Legislatura 1933-35, Tomo XI, apéndice 4° al núm. 186 (*cit.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, nota 494, p. 244).

<sup>348</sup> Nótese que el Decreto utiliza el término *despido* sin que efectivamente concorra un incumplimiento culpable del trabajador, sino que se trata de una resolución contractual inimpugnable.

<sup>349</sup> Gaceta 3 de diciembre.

<sup>350</sup> El Decreto permanecerá vigente hasta la promulgación del DCr'44 que lo derogará definitivamente.

<sup>351</sup> MONTROYA MELGAR sostiene que la configuración de este trámite, que posibilita la intervención del empresario, es una consecuencia de la incongruencia existente entre su petición (la extinción por crisis) y la resolución del órgano corporativo (la modificación del contrato de trabajo). MONTROYA MELGAR. *Poder del empresario y movilidad laboral, op. cit.*, p. 170.

“deber” constituye una verdadera “carga”, pues debe activar un procedimiento que se inicia con la comunicación; lo que ha llevado a la doctrina a calificarlo como un “*deber contra sí mismo*”<sup>352</sup>. Esta intervención, con salvedades, podría enmarcarse dentro de lo que la doctrina ha entendido como actividades limitativas o de policía, en las que “la intervención no es meramente mediadora o burocrática sino decisoria”<sup>353</sup>. Así pues, como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, la comunicación tiene “un objeto jurídico: el suprimir el impedimento para el *despido*, que es, por ello, una declaración de voluntad dirigida a un órgano administrativo con eficacia jurídico-pública y se somete a tratamiento jurídico administrativo”<sup>354</sup>. No obstante, convendría puntualizar que quien está legalmente facultado para velar por la coordinación de una actividad privada con el interés general o público es inicialmente un organismo corporativo (y subsidiariamente la Administración).

La comunicación se convierte, de este modo, en un requisito procedimental, cuyo cumplimiento es obligatorio. De esta forma, si no se obtiene, no puede proceder a la extinción<sup>355</sup>. En consecuencia, la omisión de la comunicación lleva aparejada la nulidad de la resolución, aunque la normativa republicana no lo especifique<sup>356</sup>. Efecto que no opera automáticamente y que requiere la acción legal del trabajador frente al Jurado Mixto reclamando la nulidad de la decisión extintiva<sup>357</sup>.

Comunicada la decisión, el Jurado Mixto debe analizar la situación y los motivos alegados por la empresa y acceder o denegar su pretensión. En esta fase del proceso, la empresa no sólo debe demostrar la situación de crisis que padece, sino la idoneidad de la medida que propone<sup>358</sup>. Por su parte, el órgano corporativo debe evaluar si es posible evitar las extinciones,

---

<sup>352</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 60.

<sup>353</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 254 y 255.

<sup>354</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 60 [la cursiva es nuestra].

<sup>355</sup> La RMT 6 de diciembre 1939 (cit. BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 278), estima insuficiente el acuerdo entre empresarios y trabajadores para reducir la plantilla, si no se hace por los trámites y procedimientos legalmente establecidos. La RMT 4 de mayo 1940 (cit. BENÍTEZ DE LUGO, op. cit., p. 273) revoca el acuerdo de la Inspección de Trabajo que autoriza el cierre de una fábrica y a suspensión de su personal sin cumplir los trámites y requisitos del DCr’35. La RMT 30 de abril 1940 (cit. VÁZQUEZ RICHART. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*, op. cit., p. 297) no autoriza la medida propuesta por la empresa, porque aun no se ha comprobado la efectividad de la medida propuesta con anterioridad y porque no se ha cumplimentado con el procedimiento establecido.

<sup>356</sup> Consecuencia jurídica ya prevista con anterioridad en el Decreto 8 de septiembre 1932, relativo a los trabajadores extranjeros, al declarar la nulidad de determinados extinciones en las que se perjudique con tal medida a los trabajadores nacionales (art. 12). La nulidad de la decisión empresarial por incumplimiento del procedimiento administrativo, adquiere carta de naturaleza normativa con la Orden 23 de abril 1947 (BOE 25 abril).

<sup>357</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 58 y 59.

<sup>358</sup> RMT 15 de febrero 1941 (cit. BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 274). Según la RMT 7 de febrero 1941 no es posible autorizar amortizaciones de personal o disminución de plantilla, sin antes acreditar la disminución del negocio (cit. VÁZQUEZ RICHART. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*, op. cit., p. 287). En la RMT 10 de octubre 1940, se entiende justificada la crisis de una empresa por dedicarse a la venta de un artículo racionado, y por tanto la resolución de los contratos del personal más moderno, dado que se demuestra que

sustituyéndolas mediante el establecimiento de turnos de trabajo o la reducción de días semanales de labor.

En cualquier caso, estas facultades (y la imprecisión del supuesto de hecho) delimitan un amplio margen de operatividad corporativa y administrativa, lo cual redundará en perjuicio de la seguridad jurídica. Las lagunas de la norma, omitiendo la especificación de las directrices que permitan delimitar el ejercicio de la autorización previa, atribuyen un amplio poder al organismo corporativo competente. Circunstancia que tiene un doble enfoque. Por un lado, permite la adopción de decisiones particularizadas para cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias específicas. Pero, por contra, surgen los peligros vinculados a la discrecionalidad. Lo que ha dado pie a una dilatada e inconclusa batería de discusiones doctrinales<sup>359</sup>.

Si bien es cierto que el problema del paro se ha agudizado, resulta sorprendente que durante un gobierno conservador se disponga una normativa tan restrictiva desde la perspectiva empresarial<sup>360</sup>. Más aun, cuando a través del Decreto 20 de diciembre 1934 se ha apresurado a

---

las características del negocio hacían inconveniente el establecimiento de turnos (*cit. DE LLUIS Y NAVAS. Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales, op. cit., nota 53, p. 79*).

<sup>359</sup> El DCr'35 es el preludio de un conflicto doctrinal que se prolongará hasta nuestros días y que – sin perjuicio de su posterior análisis – se ha centrado en la definición de la naturaleza jurídica de la intervención administrativa, así como en la naturaleza y alcance de la propia decisión empresarial. Por el momento, basta traer a colación algunos comentarios vertidos al respecto y que denotan la trascendencia de esta cuestión. Vigente el DCr'44, PÉREZ BOTIJA pone de manifiesto que es preciso que las decisiones administrativas queden sometidas a la Ley para evitar actuaciones arbitrarias y se plantea si en los despidos colectivos desaparece el Estado de Derecho para dejar paso a un Estado de policía. Para la existencia de un Estado de Derecho es “menester que exista cierta regulación legal, esto es un completo ordenamiento”. PÉREZ BOTIJA, prólogo a la obra de CARRO IGELMO. *El despido justo*. Bosch. Barcelona, 1957, p. 16. Por su parte, BAYÓN CHACÓN se plantea (refiriéndose al DCr'44) si “¿Hay algún inconveniente jurídico o práctico que impida detallar que entre los elementos de apreciación deben constar el capital de la empresa, el resultado económico de los últimos ejercicios, la relación de tales resultados con elevaciones obligatorias de salarios, las deudas pendientes, etc., y tratar de buscar en lo posible unas fórmulas generales de aplicación? No parecen que existan, a juzgar por lo que determina el art. 3 de la Orden 5 de abril 1944, que admite la posibilidad de fijación de normas concretas por las Reglamentaciones de Trabajo. ¿Por qué no tratar de unificar en lo posible tales normas concretas? Tal como la legislación general contempla el problema, la discrecionalidad de la Administración conduce a una posible estimación distinta en cada etapa y, sobre todo, a una consideración diferente en cada Delegado de trabajo que, aunque paliada por la facultad de la Dirección de Trabajo para recabar para sí la resolución del expediente, no es en verdad una garantía de la seguridad jurídica”. BAYÓN CHACÓN. *La seguridad jurídica en el Derecho del trabajo*. En “Libro Homenaje al Profesor Pérez Serrano”. Editorial Reus. Madrid, 1959, nota 42, p. 727 y 728.

<sup>360</sup> Previamente, el Decreto 3 de noviembre 1931 (Gaceta 4 de noviembre) que dispone la reorganización del Ministerio de Trabajo y Previsión, dispone la creación de un Servicio de Conflicto y de Crisis de Trabajo, correspondiéndole “todas las informaciones y datos que puedan proporcionar el conocimiento del Estado social del país; ordenar y encauzar la gestión de los funcionarios y organismos dependientes del Ministerio, para la adopción de medidas que tiende a evitar los conflictos y las crisis de trabajo, a fin de procurar soluciones amistosas de los mismos” (arts. 12). Disposiciones desarrollada por la Orden 31 de mayo 1932, que establece el Reglamento general de los servicios del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (Gaceta 10 de junio). Dentro del Servicio mencionado se crea la Sección de Crisis del Trabajo (art. 48), a la que se le atribuyen funciones de información por regiones e industrias de las crisis de trabajo, periódicas y permanentes, causas que las originan, número de obreros a que afecten y actitud de las clases patronales y obreras ante ellas; estudio de las propuestas de carácter local, regional o nacional que en cada industria puedan contribuir a remediar las consecuencias de la crisis; e informar sobre las causas de la paralización o cesación de las industrias conforme a los informes técnicos y profesionales que reciba.

Con carácter previo a la Ley de 1935 se presentan dos proyectos de Ley cuya tramitación posterior sufre desigual fortuna. El primero, que no prospera, trata de afrontar el problema del paro campesino mediante la creación de las Hermandades Rurales destinadas a gestionar un seguro de desempleo financiado “mediante las aportaciones de obreros y patronos en cuantía de un 5 por ciento de sus jornales”, dado que de este modo “no se grava en lo más mínimo las cargas del Erario Nacional, siendo el único medio propuesto para resolver el problema sin sacrificio

retornar la titularidad del “derecho de opción” a los empresarios. La raíz de este giro copernicano puede tener diversas lecturas. El estado de la cuestión es el siguiente. El fracaso de la readmisión forzosa como política de contención, junto con la inexistencia de medidas complementarias contra el desempleo, en especial el seguro obligatorio contra el paro forzoso, destina al trabajador que ha perdido su empleo a un estado de absoluta desprotección, dado que no existe ninguna garantía que le permita mantener sus rentas. Sin duda, es más que probable que el Estado se viera compelido a tomar soluciones drásticas, no sólo por razones de política social, sino probablemente para contener la insatisfacción social imperante y para aplacar potenciales brotes revolucionarios<sup>361</sup>. En este estado de cosas, todo parece indicar que la única política de empleo factible es contener, en la medida de lo posible, la *movilidad externa*, es decir, no queda más remedio que reaccionar “asegurando la subsistencia del contrato en virtud del cual aquéllas rentas se pagan”<sup>362</sup>. Parece, por tanto, que está justificado el establecimiento de un férreo control sobre las extinciones contractuales mediante el mecanismo de la autorización, esto es, a través de un control previo<sup>363</sup>.

La cuestión está en averiguar, en primer lugar, los motivos por lo cuales se decide interponer un control corporativo/administrativo previo en 1935, en vez de hacerlo en 1931, cuando el problema del desempleo, ya constituía una amenaza cierta; en segundo lugar, por qué se opta por este método, es decir, si no hubiera podido articularse otro sistema alternativo para reducir el número de parados; y, finalmente, por qué, en virtud de la LPO’35 se encomienda primero el control a la Administración y, luego, el DCr’35 se lo confiere a los organismos paritarios y subsidiariamente a la Administración.

---

económico para la nación”. El segundo proyecto pretende afrontar el problema del paro mediante el aumento de la inversión pública en la construcción de edificios públicos, poblados agrícolas, caminos, carreteras y firmes especiales (BMTPS n° 54, enero 1935, p. 74 a 80). Es interesante observar que en este proyecto se pretende “estimular parcamente el seguro contra el paro involuntario y coordinar las actividades de Empresas y Corporaciones que lo creen y lo acrecienten”. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Proyecto aclara que “en las actuales circunstancias del país parece imprudente lanzarse a una política del seguro contra el paro, que no siempre dio resultados satisfactorios, tal vez porque rebasara el marco científico en que el seguro debe siempre asentarse; pero tampoco sería conveniente abandonar por entero este aspecto de la cuestión, aunque concretándola al paro tecnológico y al estímulo de las iniciativas que espontánea y libremente fueran creándose por las Sociedades y Corporaciones públicas”. Posteriormente, se crea a través de un Decreto 13 de junio 1935 con carácter transitorio el Patronato Nacional de Socorros a los parados involuntarios (Anuario Legislación Social, junio 1935, p. 248, en BMTPS n° 59, junio 1935).

<sup>361</sup> En términos similares, DESDENTADO BONETE destaca la dimensión política insita en la regulación jurídica de estos supuestos extintivos, puesto que implican una potencial alteración del orden público, pudiendo “llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales”. **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). *Ibidem*. Madrid, 1995, p. 257.

<sup>362</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 98 a 100.

<sup>363</sup> “Tales restricciones operan, en interés de la prevención del desempleo, una dificultad a la realización de los despidos colectivos, si éstos no son efectivamente necesarios desde un punto de vista económico u organizativo. Luego el poder público interviene en cuanto portador de un genérico interés a la resolución de los conflictos (a la pacificación social), sea, potencialmente, en cuanto portador del interés a una determinada solución del conflicto, a menudo en vista de propios objetivos de política de empleo y, más en general, de política económica. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 259.

La existencia de un control previo no sólo era un posibilidad admitida desde hacía algún tiempo en la experiencia comparada - por ejemplo, en Alemania desde 1923<sup>364</sup> -, sino que ya estaba previsto en la legislación española<sup>365</sup>. No cabe duda que en 1935 la percepción de las repercusiones del paro, así como de sus potenciales peligros políticos y sociales, era mayor a la que se tenía en 1931, lo que, con seguridad, debió contribuir intensamente en la voluntad reformadora del Legislador. Ahora bien, ¿porqué se optó por este sistema?

Lo cierto es que, descartada - políticamente - la posibilidad de exigir la readmisión, las alternativas para garantizar la continuidad de la relación laboral son ciertamente limitadas. En este sentido, una restricción de las causas extintivas o un mayor control de la concurrencia efectiva de la causa legal no resuelven el problema, dado que el empresario siempre puede cumplir por equivalente<sup>366</sup>. Así, si el problema era el incremento del desempleo y la voluntad política era la de contener el número de extinciones contractuales por crisis, una alternativa hubiera podido consistir en la atribución del control previo a los órganos jurisdiccionales, en este caso, los jurados mixtos<sup>367</sup>. Posibilidad factible si se tiene en cuenta que la reforma de 1935 no extingue sus competencias jurisdiccionales. En efecto, la autorización previa no centra su atención sobre la legalidad de la causa que impulsa al empresario a proceder a las extinciones, sino que debe valorar si son posibles medidas menos drásticas. El control de la causa alegada por el empresario permanece incólume, dado que puede ser objeto de control por parte de los órganos corporativos, una vez que el empresario ha obtenido la autorización y ha decidido extinguir los contratos.

Sin embargo, a pesar de la posibilidad técnico-jurídica de confiar el control previo a los jurados mixtos, el Legislador en la LPO'35 opta por dar juego a un nuevo sujeto. Quizás, la respuesta a esta cuestión sea eminentemente política y se halle en la intensa carga político-social que estas situaciones suscitan y, sobre todo, la dificultad de que los órganos jurisdiccionales resuelvan con uniformidad e imparcialidad, especialmente si se tiene en cuenta la imprecisión del derecho sustantivo<sup>368</sup>. Es probable que el establecimiento de un sistema de autorización administrativa, *ex art. 12 LPO'35*, responda a la escasa confianza depositada en los Jurados

---

<sup>364</sup> *Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos, op. cit., nota 165, p. 57.*

<sup>365</sup> Concretamente (como hemos apuntado - *vid. nota supra*), se prevé un sistema de autorización previa en los casos de sustitución de trabajadores nacionales por extranjeros. Si el empresario decide sustituir a los trabajadores nacionales por extranjeros por "razones de tecnicismo o de calificación profesional", con carácter previo debe solicitar una autorización al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, previa comunicación al Jurado mixto (Decreto 8 de septiembre 1932, sobre trabajadores extranjeros, *vid supra*).

<sup>366</sup> De hecho, como se analizará, la LPO'35, lejos de restringir los supuestos extintivos del art. 46 LJM'31, los amplía.

<sup>367</sup> **DESDENTADO DAROCA.** *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento.* RL 1996 - I, p. 527.

<sup>368</sup> La doctrina laboral ha señalado genéricamente que la intervención administrativa responde a motivaciones políticas, **DESDENTADO BONETE.** *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997.* RL 1998 - II, p. 444; **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo, op. cit., p. 238 y 239.*

Mixtos<sup>369</sup>. Tal y como se ha analizado, debido a su marcado carácter partidista, la designación de los Presidentes de los órganos corporativos se convirtió en uno de los principales focos de discusión entre los sucesivos gobiernos<sup>370</sup>. A los ojos del gobierno conservador – y, por supuesto, del sector patronal –, la existencia de órganos jurisdiccionales de tendencia claramente *pro operario* no resultaba en absoluto de su agrado. Además, conviene recordar que a raíz de la Revolución de Octubre de 1934, el Decreto 13 de diciembre del mismo año, declara la suspensión del funcionamiento de los plenos de los Jurados Mixtos, “durante el breve interregno que suponga la depuración de los hechos ocurridos y la reorganización de los Jurados mixtos”. Por otro lado, la LPO’35 se dicta un mes antes que la Ley que reforma el régimen de los Jurados Mixtos y que suprime los Tribunales Industriales (Ley 16 de julio). Es decir, cuando se promulgan las medidas para remediar el paro obrero, el gobierno desconoce cuándo va a poder “contar (confiar)” con los Jurados Mixtos<sup>371</sup>.

Dictada la LPO’35, con un propósito claramente *paternalista*, la autoridad administrativa asume el control de las extinciones contractuales con una carga política más intensa, esto es, las que afectan a una colectividad de trabajadores<sup>372</sup>. Con independencia de la futura estructura organizativa que se acabe otorgando a los órganos corporativos y de la eficacia de la misma, la redacción del art. 12 asegura el control gubernamental de las extinciones derivadas de las situaciones de crisis. La reforma de 1935 lleva implícita la idea que el Legislador no está dispuesto a delegar las funciones jurisdiccionales a los órganos corporativos en estas situaciones de crisis, al menos, mientras no se haga efectiva su recomposición. Éste podría ser el motivo por el que inicialmente se atribuyen estas competencias sólo al Ministerio de Trabajo<sup>373</sup>. Corroboración esta tesis, el hecho de que, una vez que ya está vigente el nuevo sistema corporativo (y, por ende, “garantizada” la “imparcialidad” de su Presidente a los ojos del Gobierno), el Decreto que desarrolla el art. 12 reparta las competencias entre los Jurados Mixtos y el

---

<sup>369</sup> Cfr. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 177 a 183. Este autor, además, apunta como un posible causa, el incremento de las extinciones contractuales arbitrarias sin que concurriera una causa cierta, alegando la crisis mundial y las motivadas por represalias contra los trabajadores.

<sup>370</sup> *Vid. supra*.

<sup>371</sup> La suspensión de los Plenos se mantendrá hasta el 22 de enero 1936 (Gaceta 24 de enero) y mientras tanto seguirán actuando las Ponencias de acuerdo con las normas específicas establecidas en el art. 2 del Decreto 13 de diciembre 1934. Esto es, pueden funcionar con 2 vocales o bien con uno de cada representación siempre que no sea miembro de una asociación declarada ilícita o que se halle suspendida o disuelta por la autoridad judicial “por su participación en los últimos sucesos revolucionarios”.

<sup>372</sup> “El caos que el paro produjo en el país en los años siguientes [a las reformas de 1931] fue de tal consideración que no podía dejar de advertirse la necesidad de un control de estas cesaciones colectivas que permitiese al Gobierno tener en las manos un procedimiento complementario de todos aquellos que iba adoptando”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 243.

<sup>373</sup> DEL VALLE VILLAR apunta que la ligereza con la que el sector patronal alegaba la existencia de una crisis económica coadyuvó a la instauración de un control previo. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 183.

Ministerio de Trabajo<sup>374</sup>. De hecho, en la Exposición de Motivos del DCr'35 se pone de manifiesto que en la redacción del art. 12 no estaba inicialmente prevista la intervención de los órganos corporativos con competencias decisorias (sólo se les atribuye funciones consultivas). Son los problemas vinculados con el cumplimiento de la LPO'35 los que propician la plena integración de los órganos corporativos en el procedimiento decisorio<sup>375</sup>. Concretamente, el incumplimiento sistemático del contenido del art. 12 LPO'35 es lo que precipita la reacción del Legislador, delegando las funciones de control a la organización corporativa, porque ya ha recobrado la confianza en ella<sup>376</sup>.

Dejando al margen esta discusión, lo trascendente es que este método conlleva un cambio sustancial en el planteamiento y configuración de la protección del empleo por diversos motivos (tres):

1.- La atribución de facultades interventoras a un órgano paritario y, en último término, a la Administración, en una relación jurídico-privada es ilustrativo del interés público que suscita esta cuestión, y que resulta extraordinariamente relevante dada la tradición inhibitoria precedente<sup>377</sup>. Como apunta ALAMEDA CASTILLO – citando a TRICLIN - , se produce una transformación del enfoque de la estabilidad de la relación laboral en la empresa en crisis, superándose el bilateralismo contractual clásico. A partir de este instante, se perfecciona el planteamiento implícito en la normativa de 1931, pues, sin suponer una desaparición de la dimensión bilateral o sinalagmática, la continuidad del contrato se integra *definitivamente* en otra lógica, la del empleo. Así, “los espacios de intervención se transforman profundamente en beneficio de una nueva lógica de acción estatal y éste se reorienta para tomar en consideración el empleo en la empresa en dificultad. La publicación del empleo en la empresa en crisis,

---

<sup>374</sup> La LPO'35 se dicta en junio, la Ley de reforma de los Jurados Mixtos en julio y el DCr'35 en diciembre. Como apunta DEL VALLE VILLAR, probablemente este desarrollo reglamentario excede del marco legal de la LPO'35. **DEL VALLE VILLAR.** *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>375</sup> La dicción del art. 12 Ley de 1935 es extraordinariamente escueta, la ausencia de un posterior desarrollo reglamentario, motivó que las “Empresas y patronos a los que podía afectar el precepto del art. 12 han venido despidiendo con posterioridad a la publicación de la Ley, a los obreros que trabajaban en sus industrias, sin notificarlo al Ministerio de Trabajo, con lo que ha sido imposible el ejercicio de la prerrogativa ministerial” (Exposición de Motivos).

<sup>376</sup> Lo curioso del caso es que este modelo no sólo se exportará al periodo franquista sino que en esta etapa sufrirá una gran expansión. Aunque no pueda afirmarse que el Legislador desconfíe abiertamente de los órganos jurisdiccionales, como parece que sucedía durante la II República, lo cierto es que el celo por monitorizar la integridad de lo relativo a las relaciones laborales fomentará una intensa intervención administrativa, invadiendo esferas propias de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, MARTÍNEZ ROCAMORA sostiene que la intensificación de la intervención administrativa se debió, en primer lugar, “a las necesidades productivas propias de una economía de postguerra y, después, a una cierta influencia de las tesis relacionistas o incorporacionistas”. **MARTÍNEZ ROCAMORA.** *La amortización de vacantes en el derecho laboral español*, *op. cit.*, p. 632.

<sup>377</sup> Las especialidades en las que opera la intervención administrativa en supuestos de alteración sobrevenida de circunstancias ha suscitado una prolongada discusión doctrinal, no resuelta a fecha de hoy. Aunque conviene advertir que la doctrina contemporánea a la etapa republicana no parece reparar en este aspecto. *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe II del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).



conlleva la determinación de un régimen jurídico del mismo sustraído de la lógica del derecho de obligaciones para ascenderlo a la del interés general”<sup>378</sup>.

Desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, la trascendencia histórica de esta regulación es indiscutible, pues el Legislador dicta una norma sustantiva vinculada al régimen extintivo del contrato de trabajo, en la que, por primera vez, se manifiesta explícitamente la trascendencia jurídico-pública del problema del desempleo<sup>379</sup>. Sin negar el papel que cumple la revisión jurisdiccional *ex post*, la intervención *ex ante* cumple, sin duda, una función instrumental limitando o restringiendo la facultad resolutoria empresarial, y que encuentra su justificación en tanto que están implicados intereses generales<sup>380</sup>. Esta medida supone una clara restricción de la libertad de acción del empresario, el cual *no puede* – se le imposibilita jurídicamente - extinguir el contrato si no cumple con el requisito esencial (*ad solemnitatem*) de la autorización del órgano corporativo o de la Administración. Lo que, en definitiva, significa que el Legislador toma plena conciencia de que las extinciones colectivas “constituyen un espinoso problema político-social, porque si grave es el acto de dejar sin ocupación a un obrero, tanto más lo será si la medida afecta a un centenar”<sup>381</sup>. De todos modos, llegados a este punto del análisis, conviene puntualizar - como destaca RODRÍGUEZ-PIÑERO - que el art. 12 LPO’35 establece un sistema de prevención contra el paro que “sólo indirecta y en segunda línea protege al trabajador individual, dejando vigentes en sustancia las normas anteriores” de extinción justificada del contrato de trabajo<sup>382</sup>.

2.- La normativa de 1935 no sólo establece un control previo con el fin de monitorizar el proceso extintivo, sino que además, mediante la imposición de nuevas condiciones contractuales (reducción tiempo de trabajo o establecimiento de turnos), configura un cauce dirigido a posibilitar la continuidad de la relación de trabajo y, sobre todo, de la empresa<sup>383</sup>. En el intento de imponer una reducción del tiempo de trabajo, subyacen dos planteamientos estrechamente entrelazados: primero, la extinción del contrato constituye la última *ratio* a la que

<sup>378</sup> ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*. CES. Madrid, 2001, p. 50 y 51. En términos similares, VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, nota 104, p. 186.

<sup>379</sup> “Se trata de una regulación que no protege directa y únicamente al trabajador sino fundamentalmente al mercado de trabajo”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>380</sup> CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*. RL 1996 - II, p. 49. En este sentido, como apunta DESDENTADO BONETE, la autorización previa es un mecanismo de control más fuerte que el control *ex post*, pero la “mayor garantía no viene del carácter administrativo del control, sino de su condición de control previo a la decisión administrativa”. DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, *op. cit.*, p. 256 y 257; y *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, *op. cit.*, p. 454. MONTOYA MELGAR asevera que la intervención *ex ante* responde a una cuestión de fondo, y “es la de garantizar más acentuadamente la estabilidad de los trabajadores”. MONTOYA MELGAR. *Derecho del trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 149. *Vid.* también, VALDÉS DAL-RÉ. *Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos*. RL 1994 - I, p. 22.

<sup>381</sup> PÉREZ BOTIJA. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>382</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>383</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 61 y 62.

puede recurrir el empresario, dado que sólo se acepta cuando, a juicio de los organismos pertinentes, no exista otro medio de evitarlo<sup>384</sup>. Lo que, a su vez, denota la naturaleza *secuencial*<sup>385</sup> de la modificación de las condiciones de trabajo y, su carácter alternativo al paro y, por tanto, una medida favorecedora del propio trabajador<sup>386</sup>. Como afirma RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, “la modificación sustancial de las condiciones de trabajo penetra, así, en nuestro Derecho del Trabajo, de la mano de la ‘falta de trabajo’, de la mano de la ‘crisis’, y como alternativa al despido”<sup>387</sup>.

Y, segundo, el órgano competente está facultado para realizar un juicio de oportunidad de la medida propuesta por el empresario. Es decir, a diferencia de las funciones propiamente jurisdiccionales, no se pretende “constatar” si concurre la crisis laboral alegada, sino “valorar” y “graduar” la situación debidamente, con el fin de averiguar si es “suficiente” para componer la amalgama de intereses en conflicto y reconducir la situación a una solución de equilibrio<sup>388</sup>. En definitiva - siguiendo a RODRÍGUEZ-PINERO -, la intervención de un tercero ajeno a la relación *inter privados* y, sobre todo, la imposición de nuevas condiciones contractuales no es sino la proyección de la negación simultánea, por un lado, de la primacía del interés empresarial; y, por otro, de la primacía de los intereses de los trabajadores a la estabilidad, en sacrificio de las pretensiones empresariales<sup>389</sup>. Por otra parte, confirma un elemento subyacente en la dinámica resolutoria del art. 46 LJM’31 (resolución por crisis de trabajo); pues, la solución del conflicto queda fuera del derecho, ubicándose en la esfera del conflicto de intereses. Atribuyendo a los órganos corporativos una función arbitral o cuasi-arbitral y no, en cambio, jurisdiccional.

3.- Y derivado de lo anterior, la monitorización de la gestión empresarial del “factor trabajo” tiene una honda repercusión en la concepción de la actividad económica. El hecho de que una norma habilite un proceso de intervención heterónoma restringiendo la iniciativa empresarial, no sólo supone una injerencia en una esfera tradicionalmente regida por lo individual, sino que, además, relega el interés del empresario a un segundo plano. Aspecto que queda ilustrado por dos factores. En primer lugar, porque del texto legislativo se desprende que sólo se reconoce como titular de los derechos y obligaciones a la “empresa”, a costa del

---

<sup>384</sup> PÉREZ BOTIJA. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 279.

<sup>385</sup> VIDA SORIA. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1995, p. 84.

<sup>386</sup> MONTOYA MELGAR. *Poder del empresario y movilidad laboral*. REDT n° 38, 1989, p. 167.

<sup>387</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 50.

<sup>388</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 47 y 48; y CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 288.

<sup>389</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 45: “De lo que se trata es que, al lado de esas “probadas razones” y más allá del control de la “racionalidad” de la propuesta empresarial, “exista una consideración activa de las ‘razones’ del trabajador””.

término “empresario”<sup>390</sup>. A nuestro modo de ver, estos cambios terminológicos no son meramente casuales, sino que conllevan una profunda alteración de la percepción del problema del desempleo o, al menos, eso es lo que pretende el Legislador. Y, en segundo lugar, la intervención paritaria en las situaciones de crisis no sólo es una manifestación - en la terminología de la doctrina actual -, de la *procedimentalización* de la facultad resolutoria empresarial, sino que ha de considerarse como una “consitucionalización o democratización” de la empresa”; es decir, una superación del “estigma de que las decisiones empresariales se presentan cerradas al consenso, o ajenas al intento de lograr la mayor racionalidad en el propio proceso de toma de decisiones”. En definitiva, de lo que se trata es garantizar que los intereses sobre los que la decisión empresarial incide sean tenidos en cuenta<sup>391</sup>.

El propósito de la LPO’35 es justificar la intervención paritaria y administrativa mediante la objetivización de todo el proceso y, para ello, trata de erradicar cualquier aspecto que pueda denotar la existencia de subjetivismo. Por ello, se pretende llevar la discusión más allá de la dicotomía tradicional propia del enfrentamiento entre trabajador/empresario, desplazándola a un estadio neutro donde convergen todos los intereses implicados, esto es, la empresa. De tal forma que ésta, en la medida que mantiene el empleo, cobija también el interés público y, por lo tanto, define un espacio en el que la intervención de un tercero es legítima<sup>392</sup>.

La Ley, al permitir la irrupción de organismos públicos y corporativos, está declarando la trascendencia jurídica de determinados imperativos sociales y económicos, sin que ello suponga una negación de los valores de la voluntad individual, sino que subraya la concurrencia de intereses colectivos y públicos en estas situaciones y la necesidad de su protección<sup>393</sup>. Lo cual resulta lógico si se acepta (como parece que hizo el Legislador republicano) que la empresa

---

<sup>390</sup> “Cuando la *Empresa* se vea precisada a despedir a obreros (...)” y “(...) la *Empresa* podrá proceder al despido proyectado”, art. Único Decreto 29 noviembre 1935. Por su parte, el art. 12 establece que “quedando facultadas las *Empresas* para elegir entre ambas medidas” [la cursiva es nuestra]. No obstante, con posterioridad, un sector de la doctrina, ante la utilización indiscriminada de los términos “empresa” y “empresario” realizada por el DCr’44, sostiene que se trata de una mera “imprecisión terminológica”. **ALONSO OLEA**. *Derecho del trabajo*. Facultad de Derecho. Madrid, 1971, p. 196, *cit.* **PALOMEQUE LÓPEZ**. *Legitimación activa para la incoación de expedientes de crisis*. RPS, nº 93, 1972, p. 86. En la actualidad, un sector de la doctrina estima que la distinción en la terminología legislativa entre “empresa” y “empresario”, “no resulta por lo general arbitrario o errático, sino que responde a determinadas pautas”. *Vid.* al respecto, **MARTÍN VALVERDE**. *Informe Español*. En “Empresa y Derecho Social” (Ed. Marzal Fuentes). Esade -Bosch, 2001, p. 140 y ss.

<sup>391</sup> **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 148 y 149. En cuanto a la discusión doctrinal relativa al significado del término “procedimentalización”, *vid.* el mismo autor, p. 150 y 151.

<sup>392</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO habla de la “progresiva relevancia pública de la empresa privada”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>393</sup> **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*. AL 1995 – II, p. 386. Posteriormente, con una dicción mucho más explícita y retórica, el DCr’44 proclama que su finalidad primordial consiste en garantizar “los derechos de los empresarios y de los trabajadores unificados y sometidos al interés superior de la comunidad española” (Preámbulo). Concepción que se inserta dentro de la concepción nacionalsindicalista que sostiene que la empresa no es el empresario sino todos. **ARRESE**. *La revolución social del nacional-sindicalismo*. Editora Nacional. Madrid, 1940, p. 72, *cit.* **MARZAL FUENTES**. *Empresa y democracia económica*, *op. cit.*, p. 75. Por su parte, **GARCÍA ABELLÁN** habla de la concurrencia de “necesidades efectivas y aún morales de lo común”. **GARCÍA ABELLÁN**. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. D-270.

cobija, en sí misma, la solución al problema del desempleo<sup>394</sup>. En definitiva, lo que se pretende es desprender a la empresa de todos aquellos elementos o circunstancias que puedan comprometer su subsistencia y, por tanto, el empleo que crea y mantiene. Por ello, la intervención está justificada en la medida que la empresa, diferenciada de las partes implicadas en el contrato de trabajo, sufre un problema objetivamente verificable, que exige la adopción de una serie de medidas drásticas para su supervivencia, a costa de los intereses individuales. Por todo ello, los jurados mixtos y la Administración gozan de un apoderamiento para valorar hechos y examinar la procedencia de la medida que pretende adoptar el empresario, aunque ello redunde en perjuicio de la libertad del empresario a decidir la reorganización de su unidad productiva y del trabajador a la inamovilidad de las condiciones contractuales pactadas.

Este modelo no es más que la intensificación del proceso de “publicación” de la actividad empresarial, que se inicia con el reconocimiento de la excesiva onerosidad como causa extintiva del contrato de trabajo. Como se ha analizado, en el ámbito laboral se habilita la posibilidad de extinguir los contratos por excesiva onerosidad porque, en último término, es un sistema que permite la continuidad del contrato, protegiendo el empleo y, por ende, cobija el interés general a la protección del empleo que concurre en estos supuestos extintivos.

Concepción que, de algún modo, tiende hacia la objetivación de la empresa, como algo distinto del concepto de empresario. No obstante, conviene advertir que este proceso, no conlleva la institucionalización de la empresa ni tampoco el reconocimiento de una personalidad jurídica propia (tesis que, como se sabe, tuvieron una extraordinaria profusión durante este período). No obstante, en el seno de la unidad productiva se erige un *interés autónomo de naturaleza pública y colectiva*, al que “quedan condicionados los intereses particulares de los miembros de ella; miembros que por otra parte se amplían más allá de los accionistas hasta comprender a los trabajadores que trabajan en la empresa”<sup>395</sup>; y, también, el interés general de la sociedad.

Lo importante del caso, es que esta concepción de la empresa sigue estando vigente en la actualidad. Además, este sistema de autorización previa inspirará profundamente la evolución

---

<sup>394</sup> Planteamiento que no ha perdido vigencia y que persiste en la actualidad, pues, como sostiene DEL VALLE VILLAR, a raíz de la Ley 11/1994, se “[da] testimonio de la importancia que el Derecho español [otorga] a la institución empresa, que [perece] consolidarse como célula del sistema económico y modo de realización habitual del derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35 CE) y, consecuentemente, de otros derechos de él derivados: vida digna, libre desarrollo de la personalidad, etc.”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*. RMTAS nº 8, 1998, p. 67. En parecidos términos, CONDE MARTÍN DE HIJAS advierte que “en la medida en que en las organizaciones sociales del momento la empresa es el instrumento para facilitar el trabajo, una política social que prime en exceso el valor de estabilidad de las condiciones de trabajo, lograda en estadios legislativos anteriores, al precio de arriesgar la subsistencia de la empresa, y que no fuera sensible a los nuevos retos que se abaten sobre aquella, podía llegar a traicionar a la postre el mismo objetivo de tutela social que se propusiera perseguir”. CONDE MARTÍN DE HIJAS. *Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”. (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, p. 226.

<sup>395</sup> MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica, op. cit.*, p. 101.

posterior del Derecho del Trabajo<sup>396</sup>. Así, en palabras de CRUZ VILLALÓN, si bien, en un primer momento, tiene “un carácter marginal, esto es, con la finalidad exclusiva de encontrar soluciones intermedias y menos dañosas que el *despido* en una situación de crisis laboral”, con el tiempo padecerá “progresivamente un proceso de expansión a todos los aspectos de las condiciones de trabajo e independizándose también de las situaciones coyunturales críticas de la empresa”<sup>397</sup>. En definitiva, la evolución posterior hasta nuestros días puede describirse como una sucesión de oscilaciones entre la intensificación y el relajamiento del papel de la Administración en el control y/o salvaguarda del principio de estabilidad.

---

<sup>396</sup> Incluso, recientemente, la intervención de los órganos corporativos en estas situaciones ha sido calificada como el estado embrionario de lo que en la actualidad es la fase de consultas con los representantes de los trabajadores. **FERNÁNDEZ VILLAZÓN**. *Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos*. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada, 1996, p. 472 y 473. Aunque el papel de los órganos corporativos era mayor que el que se confiere en la actualidad, puesto que su aquiescencia de la medida extintiva propuesta por el empresario descartaba la intervención posterior de la administración.

<sup>397</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 213 [la cursiva es nuestra]; en términos similares, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 60.

### ***3.- Recapitulación.***

A lo largo de la exposición realizada en este epígrafe se ha tratado de exponer los motivos por los cuales podemos afirmar que la estabilidad en el empleo como principio jurídico eclosiona durante la II República, confirmando el cambio de tendencia que se aprecia con la reforma de 1928.

El análisis pormenorizado de las diversas etapas en las que puede diseccionarse la etapa republicana ha puesto de manifiesto que el principio de estabilidad en el empleo irrumpe en el escenario jurídico-social de la II República con una extraordinaria intensidad, erigiéndose en un planteamiento vertebrador del Derecho del Trabajo (condición que ha mantenido hasta nuestros días). El paro, la “imposibilidad” de crear un seguro de desempleo y la necesidad de contener el creciente descontento político y social parecen ser los motivos que fuerzan al Legislador a tomar cartas en un problema que, hasta la fecha, se había inhibido por ser contrario a la lógica jurídico-liberal.

En este escenario, la protección del empleo existente es una de las pocas opciones de que dispone el Legislador para tratar de contener un problema que adquiere dimensiones dramáticas. La conservación del contrato se erige en un bien susceptible de protección a través del Derecho. En efecto, a partir de este instante, la estabilidad pasa a manifestarse como una prioridad político-legislativa de primer orden. Erigiéndose en la manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común. Pero no sólo eso, pues, además, a partir de este momento, desarrollará una función directiva general en la elaboración de normas con el fin de dar respuesta a los nuevos riesgos que amenazan a la continuidad del empleo y que no abandonará hasta nuestros días.

La consolidación de la estabilidad en el empleo como “principio” general del naciente Derecho del Trabajo y como una derivación del principio *pro operario*, constituye, sin duda, uno de los hitos más importantes de la etapa republicana y uno de los avances más sobresalientes en la Historia de esta rama del ordenamiento.

La malla protectora creada por la legislación republicana al albur de este planteamiento político-jurídico es ciertamente completa (y avanzada, atendiendo a que algunas de sus medidas siguen estando vigentes en la legislación vigente). El mérito del Legislador de este período es que tiene la capacidad de identificar los principales factores que pueden amenazar la continuidad del contrato de trabajo. Y, además, tiene el acierto de prever heterogéneas y completas respuestas jurídico-positivas para cada uno de los riesgos (muchas de ellas, adaptaciones de las respuestas ya previstas en el derecho común). Por otra parte, frente a los fenómenos de inestabilidad colectiva o masiva propiciados por desequilibrios económicos, la

salvaguarda del empleo tratará de canalizarse a través de la continuidad de la actividad de la organización productiva, pues, si se mantiene su continuidad, se garantiza la de los contratos de trabajo a ella vinculados. Adquiriendo ésta una dimensión jurídico-pública que excede del interés individual de su propietario. La intensificación del problema del desempleo y la asignación de un papel preponderante a determinados agentes (órganos corporativos y Administración) ajenos a la relación contractual corrobora este carácter jurídico-público, relegando a un segundo plano los intereses individuales de los contratantes.

De hecho, la gestión de los desequilibrios económicos se erigirá en el principal foco de atención de los legisladores posteriores, que tratarán de hallar - con éxito desigual - una respuesta adecuada a esta (cambiante) fuente de inestabilidad que sea capaz de satisfacer los intereses individuales y colectivos que convergen en estas situaciones. El análisis del período que comprende el fin de la guerra civil hasta nuestros días, que sigue a continuación, contribuirá a corroborar esta afirmación (evidenciando un cierto “estancamiento” en la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo).

### ***III.- El principio de estabilidad y las fluctuaciones del ciclo económico: del franquismo al TRET.***

La salvaguarda del contrato de trabajo como instrumento para garantizar la supervivencia del trabajador y de su familia como un bien jurídico-público y elemento vertebrador de una rama del ordenamiento jurídico (el Derecho del Trabajo) es un planteamiento que, como se ha tratado de exponer, se perfecciona durante la II República. Y, en este sentido, ni el franquismo ni el régimen jurídico vigente tienen mucho que aportar. Como se ha expuesto, con el cambio de paradigma acaecido en 1931, la discusión se va a centrar en otro orden de consideraciones. La elección de los riesgos que quieren evitarse, la intensidad con la que quiere prevenirse su acaecimiento y la determinación de los instrumentos jurídicos más adecuados para ello, son cuestiones que se convertirán en el nudo gordiano que deberá resolver la política legislativa de protección del empleo a lo largo de las décadas posteriores.

Y, en este sentido, tal y como se tratará de demostrar en las páginas que siguen, el denominador común de las acciones legislativas desde el fin de guerra civil hasta la actualidad – con el paréntesis de la LRL76 – ha sido la voluntad de hallar la respuesta legal adecuada al fenómeno con mayor capacidad potencial para destruir empleo. Esto es, el vinculado al impacto de las fluctuaciones del ciclo económico en el devenir de la empresa<sup>398</sup>. Lo que integra, por un lado, la búsqueda de medidas anticrisis (concebidas originariamente como coyunturales, pero que asumirán carácter de permanencia, dada su prolongada vigencia en el tiempo); y, por otro, más recientemente, aquéllas que permanentemente posibiliten la adecuación de las organizaciones productivas a las exigencias de un mercado en constante evolución<sup>399</sup>.

A continuación se tratará de demostrar esta hipótesis, en una exposición dividida en tres apartados, en función de tres etapas histórico-políticas bien diferenciadas, que coinciden con tres modos de entender la inestabilidad económica diferenciados: el franquismo (- 1.); la transición y los primeros años del sistema democrático de relaciones laborales (- 2.); y el régimen vigente a partir de 1994 hasta la actualidad (- 3.).

---

<sup>398</sup> Circunstancia visible a partir de la crisis de 1973. *Vid.* al respecto, **MARTÍN VALVERDE**. *El derecho del trabajo de la crisis en España*. REDT nº 26, 1986, p. 177.

<sup>399</sup> **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 21; y **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 68 y 69.

En cambio, salvo casos puntuales (como la incapacidad temporal), la reacción legal frente al resto de factores de inestabilidad ha sido prácticamente idéntica a como se previó entre los años 1931 y 1936 (con algunas variaciones en lo que a la *intensidad* de protección se refiere).



## 1.- *El franquismo, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.*

Uno de los caracteres con los que tradicionalmente se ha asociado al régimen franquista es la firme convicción (política) con la que se pretende proteger el empleo. Sin embargo, a pesar de lo que pudiera colegirse en un primer nivel de análisis, la contribución de esta etapa en la *conformación* (conceptual) de lo que debe entenderse como ‘principio de estabilidad en el empleo’ es escasa, pudiéndose afirmar que, más allá del “envoltorio” jurídico-político que la acompaña, su aportación es continuista, es decir, no hace más que sumarse a la poderosa inercia de la etapa republicana. Lo que no quiere decir que se esté rechazando su extraordinaria relevancia en el proceso de *consolidación* de este principio como planteamiento vertebrador de esta rama del ordenamiento jurídico. Por otra parte, es evidente que, en lo que a la salvaguarda del empleo se refiere, no existe identidad entre ambos períodos. Ni mucho menos. Ahora bien, la diferencia no reside tanto en el fin remoto - o *último* - que se persigue (esto es, la supervivencia biológica del trabajador y de su familia por medio del trabajo y su canalización a través del Derecho), sino en el objetivo (o contexto) político-económico que lo impulsa y en el que se desarrolla. Se trata fundamentalmente, por tanto, de divergencias en la orientación, pero no en lo que puede entenderse como *sustancial en la génesis* de este principio.

Repárese que el factor precipitante de este *planteamiento* durante la II República es muy similar al que acabará impulsando la acción legislativa durante los primeros años de la dictadura, pues, la percepción del paro como problema jurídico-público de extraordinaria gravedad es una constante en la legislación laboral española a partir de 1931; y, además, la convicción de la “imposibilidad técnica” (y socio-política, incluso) de articular un seguro de desempleo sigue siendo una idea persistente (aunque cambiará a mediados de los años 50)<sup>400</sup>. Paralelamente a esta idea, conviene tener en cuenta que con el fin de la guerra civil, la mayor parte de las entidades primarias reconocidas por la Caja Nacional contra el Paro Forzoso fueron disueltas por su adscripción a la UGT. De modo que, en una primera fase, se eliminó y, por ende, no pudo perfeccionarse el (débil) sistema de seguro de paro articulado durante la II República<sup>401</sup>. Por ello, puede entenderse que las diferencias entre estos dos períodos radican

---

<sup>400</sup> Así se afirma que “es difícil, por no decir imposible, distinguir en el fenómeno del paro forzoso los factores sociales de los factores económicos que contribuyen a su génesis y desarrollo”. De modo que “los factores sociales proceden mediata o inmediatamente de cualidades o estados del propio parado: es la falta de formación profesional, la vagancia, la peligrosidad del sujeto despedido por todos los empresarios, etc.; todos ellos, momentos subjetivos, inherentes al paro. Esta subjetividad implica, en mayor o menor grado, cierta *culpabilidad*, ajena en todo punto a los paros económicos”. **PÉREZ LEÑERO**. *Factores sociales del paro forzoso*. RT n° 5, 1945, p. 447 y 448. De hecho, se sostiene que la Previsión y el Seguro Social no es la panacea para resolver el problema del desempleo, debiéndose articular, en todo caso, como un último extremo y siempre con carácter transitorio, pues, el Estado tiene la obligación de proporcionar la ocupación. **PÉREZ GONZÁLEZ**. *Consideraciones sobre el paro obrero*. RT, n° 30, 1942, p. 334.

<sup>401</sup> **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España, op. cit.*, p. 46 y 47.

más bien en el contexto histórico-político en el que se desarrollan y (especialmente durante el franquismo) en la forma cómo las ideologías permean en las instituciones jurídico-positivas, esto es, cómo las moldean (o tratan de hacerlo) a imagen y semejanza del acento ideológico que las impulsa, pero sin que ello implique la subversión (o mutación) de su contenido o de su estructura conceptual esencial<sup>402</sup>.

Las contingencias que se quieren evitar son las mismas, lo que varía es la *intensidad* con la que se quiere prevenirlas<sup>403</sup>. De todos modos, el régimen franquista tiene una *especial fijación* por la inestabilidad de origen económico, pues, la respuesta legal para evitar el resto los fenómenos que amenazan la continuidad del negocio jurídico se mantiene prácticamente idéntica a la existente durante la vigencia de la LCT<sup>31</sup> y la LJM<sup>31</sup>. Por tanto, entendemos que el principio de estabilidad en el empleo durante el franquismo es fundamentalmente una reacción jurídico-política para hacer frente a un problema de carácter (esencialmente) económico<sup>404</sup>. Y, en este sentido, puede identificarse un incremento de la intensidad con la que se quiere preservar el empleo frente a tales riesgos y, en consonancia, se modifican los instrumentos jurídico-positivos para alcanzar dicho objetivo. Aspecto – la diversa *intensidad* – que, sin ser uniforme a lo largo del franquismo, marca la principal diferencia con la etapa republicana. Por ello, atendiendo a estas oscilaciones, la evolución del principio de estabilidad durante este período de la historia puede dividirse en dos etapas diferenciadas. La primera se inicia con el fin de la Guerra Civil hasta el año 1956 (i.-); y la segunda se prolonga hasta la muerte del dictador - o el inicio de la transición democrática (ii.-).

i.- La primera etapa, más allá de las particularidades propias del régimen político, puede afirmarse que viene caracterizada por la autarquía económica. En efecto, el aislamiento político y económico de la posguerra, motivado por la situación existente después de la II Guerra Mundial y por la propia concepción ideológica del franquismo, derivó en el establecimiento de

---

<sup>402</sup> Como botón de muestra de lo que se expone, PÉREZ GONZÁLEZ, afirma en 1942, que “en nuestra política nacionalsindicalista no podemos ni debemos permitir que haya quien desee trabajar y no encuentre medio de satisfacer este derecho, pues sería lo mismo que incumplir lo establecido en el apartado octavo de la Declaración I del Fuero del Trabajo, que establece que todos los españoles tienen derecho al trabajo y que la satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado”. PÉREZ GONZÁLEZ. *Consideraciones sobre el paro obrero*, op. cit., p. 331.

<sup>403</sup> Como afirma RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, las diferencias entre la etapa republicana y las primeras décadas a lo largo del franquismo es de matiz. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 51 y 52.

<sup>404</sup> Como afirma ALONSO OLEA, frente al fenómeno del desempleo “cuando esta protección del paro no existe o es rudimentaria (...), el despedido pasa automáticamente a ser un indigente – dados los escasos o nulos ahorros individuales que el salario consiente- y constituye su sola presencia una contradicción con los supuestos mismos del sistema. Y si el ordenamiento puede pensar que esto es tolerable para el caso aislado que un despedido individual significa, la contradicción es demasiado intensa y violenta en los despidos en masa para que pueda ser tolerada. Y el ordenamiento reacciona entonces, con una lógica abrumadora, instaurando un control en los despidos, mediante el régimen de la autorización administrativa. Así, no creo que sea aventurado afirmar que la razón del rígido sistema español en esta materia hay que buscarla exactamente en la protección verdaderamente incompleta y elemental del paro forzoso”. ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 99 y 100. *Vid.* también, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 245; y NAVARRO NIETO y SÁEZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*. CGPJ. Madrid, 1998, p. 235.

un modelo económico autárquico e intervencionista<sup>405</sup>. En este escenario, la vieja idea del nacionalismo económico apareció a los ojos de la Administración de Franco como la base para una política de reconstrucción económica<sup>406</sup>. Si bien es cierto que, en un primer momento, la autarquía potenció el desarrollo de la industria, al tener a su disposición la totalidad de la demanda nacional, su mantenimiento prolongado en el tiempo impidió un rápido crecimiento de la producción<sup>407</sup>. Así, la imposibilidad de impulsar la creación de nuevos puestos de trabajo fuerza la necesidad de intensificar la protección del empleo existente, como única medida de política de empleo. Lo que da pie a lo que la doctrina ha denominado “unilateralidad o dirección única” del Derecho del Trabajo, esto es, la orientación de esta rama del derecho a la defensa del trabajador<sup>408</sup>. Objetivo articulado sobre la base de la acentuación del intervencionismo administrativo, funcionando prácticamente como una prohibición de cualquier tipo de alteración sobrevenida bajo reserva de autorización<sup>409</sup>.

---

<sup>405</sup> Para la doctrina española, el Estado debe “actuar sobre las causas básicas de las fluctuaciones económicas. Si las crisis han sido imputadas a la economía capitalista, el nuevo Estado no puede confesar su impotencia ante tal problema, sino que debe intentar, por la economía dirigida, anular en lo posible las oscilaciones del ciclo y evitar sus perturbadoras consecuencias”. **TALLADA PAULÍ**. *El ciclo Económico y el paro forzoso*. RT n° 1, 1945, p. 19.

<sup>406</sup> **GONZÁLEZ**. *La Economía Política del Franquismo (1940-1970)*. *Dirigismo, Mercado y Planificación*. Editorial Tecnos. Madrid, 1979, p. 83. Sin embargo, la aspiración de autoabastecerse y de controlar todo el proceso productivo fracasó completamente. El aislamiento económico exterior (especialmente, la imposibilidad de acceder a las importaciones) marcó profundamente la reconstrucción del país. De hecho, la precaria situación existente durante la posguerra supuso una regresión en términos de desarrollo económico. La inversión de la tendencia migratoria de la ciudad al campo, así como el predominio del sector agrícola sobre el industrial significó una “ruralización” de la sociedad española. La situación de subdesarrollo era palpable dado que la falta de inversiones, de maquinaria moderna y de fertilizantes subordinaba el éxito de la producción agrícola a las condiciones climatológicas. En este contexto, la incapacidad del sector para atender a la demanda interior de alimentos fue una consecuencia inevitable, que no se hizo esperar, obligando a las autoridades a establecer rígidos mecanismos racionalizadores de los recursos disponibles. Racionamiento iniciado en 1939 – mediante la creación de la Comisaría de Abastecimiento Transportes; en 1940, la Fiscalía de tasas, y en 1941 la Junta Superior de Precios - y que duró 12 años - hasta 1951 - provocando el incremento galopante de la inflación así como el florecimiento del mercado negro y el estraperlo. *Vid. TUSELL GÓMEZ*. *Historia Política Social y Contemporánea*. Volumen II. UNED. Madrid, 1996, p. 527. Por su parte, el sector industrial, compelido a la sustitución de importaciones, se encontraba en una situación ciertamente desoladora. La escasez de materias primas básicas, el déficit de electricidad, una maquinaria obsoleta y una producción deficiente y encarecida eran las coordenadas de una industria escasamente productiva y de nula competitividad. Las denominadas Leyes Industriales de 1939 así como la creación del Instituto Nacional de Industria (I.N.I.) en 1941, fueron concebidos como la plataforma sobre la que despegaría el sector industrial y con él la reconstrucción del país.

<sup>407</sup> En efecto, el establecimiento de un conjunto de organismos interventores, con el objeto de proteger la producción, acabó definiendo un mercado nacional rígido, burocratizado y completamente aislado. Este control gubernamental, especialmente sobre los precios, fomentó la aparición de actividades económicas de dudosa competitividad que bajo ninguna otra circunstancia hubieran podido existir. **CLAVERA, ESTEBAN, MONÉS, MONTSERRAT y ROS HOMBRAVELLA**. *Capitalismo Español: de la autarquía a la estabilización (1939-59)*. Vol. 2. Cuadernos para el Diálogo. Edicusa. Madrid, 1973, p. 41. Fenómeno que, a su vez, retroalimentaba la necesidad de mantener el modelo autárquico e intervencionista y que estaba destinado a provocar irremediamente el estancamiento de la producción industrial.

<sup>408</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>409</sup> El sistema legal posibilitaba la “cogestión” entre la Administración y el empresario, pues, no sólo se trataba de constatar la existencia de la causa suficiente para justificar a resolución contractual, sino que además la administración se reservaba la facultad para valorar su entidad y adecuación. **RIVERO LAMAS**. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 325; y **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994, p. 180.

Este modelo sólo es posible en tanto que se halla debidamente contextualizado en una economía (forzosamente) autárquica y acompañado de políticas de subempleo (y, evidentemente, de contención salarial)<sup>410</sup>. Paralelamente, como consecuencia de las influencias “relacionistas”, se instaura una concepción – distorsionada - de los “puestos de trabajo” como de “propiedad” o “dominio” del trabajador, similar a la figura del funcionario de la Administración Pública<sup>411</sup>. En cualquier caso, se consolida la dimensión jurídico-pública de la empresa y la necesidad de mantener su continuidad, como principal mecanismo de creación y mantenimiento del empleo. Planteamiento que, como se ha apuntado – pero conviene reiterar - , se erigirá en una constante a lo largo de la historia hasta nuestros días (únicamente modificado por los cambios que se han producido *en el modo* de garantizar su continuidad).

La LCT<sup>44</sup>, por lo general, se limita a reproducir el entramado normativo creado durante la II República para proteger el empleo frente a la misma tipología de riesgos<sup>412</sup>; y, cuando se innova, es principalmente para intensificar los mecanismos de protección ya existentes. De todos modos, también se constatan ciertas novedades de alcance. En este sentido, la tácita reconducción se articula a través de un contrato indefinido (en vez de un nuevo contrato temporal)<sup>413</sup>. Por otra parte, se posibilita explícitamente la suspensión del contrato por excesiva onerosidad (*ex art. 76.7 LCT<sup>44</sup> y DCr<sup>44</sup>*)<sup>414</sup> y se admite la modificación del contrato de trabajo más allá de las dos alternativas descritas en el DCr<sup>35</sup>, sin plantearse

---

<sup>410</sup> *Vid.* al respecto, Decreto 16 de enero 1948 (BOE 28 de enero). Como apunta RIVERO LAMAS, la impronta socializadora del sistema franquista perseguía la protección *numantina* del empleo existente, porque fomentaba la búsqueda del pleno empleo como mecanismo de pacificación social (aunque a costa del estancamiento del bienestar de la comunidad). Ahora bien, se trataba de un pleno empleo que encubría un subempleo, pues “el nivel de ocupación general se conseguía tolerando rendimientos muy bajos de las empresas, que no podía ser retribuidos más que con tasas salariales igualmente bajas”. RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa, op. cit.*, p. 325 y 326.

<sup>411</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA. *La amortización de vacantes en el derecho laboral español, op. cit.*, p. 632 y 633; y NÚÑEZ-SAMPER. *De la libertad de despido a la propiedad del empleo, op. cit.*, p. 49 y ss.

<sup>412</sup> Se mantiene el régimen jurídico de la nulidad parcial – art. 10 LCT<sup>44</sup> - , de la transmisión de empresa – art. 76.4 LCT<sup>44</sup> -, del *ius variandi* – art. 64 LCT<sup>44</sup> -, los supuestos de suspensión de la relación de trabajo prácticamente no reciben modificaciones sustanciales – art. 79 LCT<sup>44</sup> (salvo en lo relativo a la huelga que se suprime; a la posibilidad de pactar causas suspensivas – que ya no se prevé, art. 80 LCT<sup>44</sup> - y a la incapacidad temporal – *vid. infra*). En cuanto a las causas extintivas, salvo en lo que queda afectado por el DCr<sup>44</sup>, no se producen cambios relevantes. Efectivamente, en lo relativo al despido se efectúa una simple concreción de los incumplimientos imputables del trabajador (se incluye la “embriaguez habitual” y la “falta de aseo”); y los del empresario (se incluyen las conductas vejatorias o depresivas para el trabajador). Por otra parte, debe entenderse vigente la enumeración de los motivos resolutorios no imputables al trabajador prevista en el art. 46 LJM<sup>31</sup> (al menos no queda expresamente derogada por la LCT<sup>44</sup> – Cláusula Derogatoria).

<sup>413</sup> Art. 76.2 LCT<sup>44</sup>. Aunque conviene advertir que cabe la posibilidad de pactar lo contrario.

<sup>414</sup> *Vid.* al respecto nota *supra*. También se prevé la posibilidad de suspensión de la relación de trabajo como consecuencia de prohibiciones o medidas de tipo gubernativo (art. 10 DCr<sup>44</sup>). Se trata de una norma “penal-social”, que introduce una nueva modalidad de sanción aplicable al empresario. Por ejemplo, en el caso de infracción del régimen de tasas u ocultación de género la Ley de 30 de noviembre 1940 faculta a la administración para decretar la suspensión de la actividad productiva de 3 meses a un año. En tal caso, en virtud del art. 10 DCr<sup>44</sup>, la empresa infractora debe abonar los sueldos de los trabajadores durante todo el tiempo que dure la interrupción, a no ser que con su actividad hubieran colaborado en la realización de los hechos objeto de sanción. *Vid.* al respecto, ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 94 a 96.

únicamente como una alternativa a la resolución del contrato<sup>415</sup>. Cuestiones, estas dos últimas (al igual que con las resoluciones), condicionadas a la obtención de la preceptiva autorización (so pena de nulidad<sup>416</sup>), en la que la Administración tenía atribuida un notable margen de discrecionalidad. Medidas que, a fin de cuentas, no son más que *meras variaciones* de las previstas en la LPO'35 y en el DCr'35. Además, se incrementa la responsabilidad objetiva del empresario por la resolución del contrato, pues, el importe puede oscilar entre 15 días y un año de salario<sup>417</sup> (frente al del período de preaviso o la costumbre, previsto para el resto de supuestos resolutorios motivados por hechos inimputables del trabajador, *ex art. 81 LCT'44* – que permanecerá vigente hasta 1977).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, para poder justificar la resolución y la suspensión contractual<sup>418</sup>, el modelo sigue gravitando alrededor de la exigencia de un desequilibrio contractual de la naturaleza patológica – ‘crisis’ - (muy próximo o casi coincidente con la imposibilidad objetiva – alejándose de la correcta conceptualización de la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>419</sup>). Lo que, siguiendo con RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, al atribuir una diversidad de efectos posibles a un mismo supuesto de hecho, implica una graduación de los efectos de la crisis y de las medidas contractuales posibles<sup>420</sup>. Estableciéndose (aunque la norma no lo explicita), una relación de causa-efecto entre el desequilibrio padecido y la alteración contractual posible. Y, al respecto, se mantiene la lógica republicana (aunque, quizás, acentuada) de *última ratio* de la resolución o de su inevitabilidad (se habla de prohibición de

---

<sup>415</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**. *Crisis económica y regulación de empleo*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 255 y 256. En efecto, el DCr'44 se aplica no sólo a los supuestos de suspensión o extinción de los contratos de trabajo, sino incluso, para la modificación de las condiciones contractuales “por cualquier concepto” (art 2). Disposición cuyo alcance, entiende la doctrina, queda limitado a “los cambios en las condiciones en que se desenvuelve la relación laboral (o sea cuando se trate de cambios del contenido del contrato) no a la mera ejecución de la relación laboral (o sea cuando se trate de la mera aplicación del contrato). Salvedad que de no ser así, cualquier orden de la empresa requeriría previa autorización, lo que sería igual a una vida laboral imposible”. **DE LLUIS Y NAVAS**. *Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales*, *op. cit.*, p. 43.

El DCr'44 se complementa con la Orden 5 de abril 1944 (BOE 13 de abril) que lo aclara; la Orden 23 de noviembre 1946 (BOE 26 de noviembre), relativa a la no apertura de empresas en las que haya personal contratado por campañas; la Orden 23 de abril 1947 (BOE 25 de abril) que declara la nulidad de las extinciones que omitan la autorización administrativa previa; y la Orden 28 de enero 1949 (BOE 3 de febrero) que faculta a las empresas a utilizar a los trabajadores con contrato suspendido con motivo de una crisis a utilizarlos esporádicamente previa autorización. Esta batería normativa, sin ser exhaustiva, muestra como la acción del Legislador es ciertamente improvisada, sin apenas planificación, elaborando disposiciones a trompicones, a medida que surgen las necesidades.

<sup>416</sup> Orden 27 de abril 1947. *Vid.* al respecto con mayor detalle *infra*.

<sup>417</sup> Art. 5 DCr'44. No obstante, en los supuestos de suspensión la indemnización a percibir oscilará entre un año o quince días, pudiéndose incluso, no acordar indemnización alguna (Orden 5 de abril 1944, BOE 13 de abril). Criterio que se mantendrá hasta el TRLPL'73.

<sup>418</sup> En cuanto a las modificaciones se entiende que pueden plantearse en situaciones menos graves. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>419</sup> *Vid.* al respecto extensamente *infra*, Epígrafe I del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>420</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 52.

resolución bajo reserva de autorización)<sup>421</sup>. Planteamiento que permanecerá (pese a los sucesivos intentos legales para modificarlo) hasta 1994. Sin embargo, al restringirse sustancialmente esta vía resolutoria, convertirá al despido injustificado en una alternativa recurrente (circunstancia que también será una constante a lo largo de la Historia). En definitiva, como afirma RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, es claro que con el DCr'44 se refuerza el principio de estabilidad en el empleo, pues, en comparación con el régimen republicano (aunque siguiendo una lógica preventiva similar), se incrementan las posibilidades de mantenimiento de la relación de trabajo y se posibilita la adaptación de la organización productiva a las cambiantes circunstancias del entorno<sup>422</sup>.

Paralelamente, el régimen jurídico del despido también será objeto de reforma con el propósito de incrementar la estabilidad (mejorando, desde la perspectiva del *favor negotii*, la respuesta legal dispensada por el sistema republicano). Con este fin, se exige el cumplimiento de determinados requisitos formales y se declara la nulidad para el caso de su incumplimiento<sup>423</sup>. Dentro de estos requisitos destaca la elaboración de un expediente previo y, sobre todo, que, en función de lo que dispongan las Reglamentaciones de Trabajo, el despido queda supeditado a la decisión previa de la Magistratura. También se consolida (art. 81 LCT'44) el reconocimiento del “derecho de opción” a determinados trabajadores en función de la dimensión de la empresa (más de 50 trabajadores) y de su pertenencia a determinados colectivos (Mutilados, porteros de fincas urbanas, enlaces sindicales, jurados de empresa, etc.<sup>424</sup>); y se incrementa a un año de jornal el importe de la indemnización por la no readmisión, que puede fijar el Magistrado “a su prudente arbitrio” (frente a los seis meses como máximo, *ex* art. 53 LJM'31)<sup>425</sup>.

ii.- La segunda etapa anunciada sigue estando encorsetada dentro de la matriz del ciclo económico y, en concreto, se identifica con el abandono de la autarquía y los progresivos intentos de liberalizar el modelo económico. En el plano sustantivo, la acción legislativa se centrará, principalmente, en facilitar la movilidad de salida y, en paralelo, crear un sistema para paliar los efectos de las extinciones que se prevé van a producirse (prestación de desempleo). Efectivamente, a finales de la década, a raíz de planes de liberalización de 1953 con los Estados

---

<sup>421</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Derecho del Trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 257.

<sup>422</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 54.

<sup>423</sup> Orden 27 de abril 1947. *Vid.* al respecto con mayor detalle *infra*.

<sup>424</sup> *Vid.* al respecto con mayor detalle *infra*.

<sup>425</sup> La responsabilidad por mora del empresario viene regulada por lo previsto en el art. 52 LJM'31 que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Decreto 26 de octubre 1956. Aunque la doctrina no es pacífica al respecto. *Vid.* LAVADO MOLINA. *Los salarios de tramitación en los procesos por despido*. RPS nº 115, 1977, p. 97.

Unidos<sup>426</sup> y ante las evidentes dificultades económicas del país, se produce un progresivo proceso aperturista que pondrá fin al régimen autárquico, no sin las reticencias de un importante sector del Gobierno y del propio Franco, que seguían considerando que este sistema económico tenía un carácter ideológico unido a la victoria en la Guerra Civil y al nacionalismo. La necesidad de preparar la estructura empresarial y productiva al Plan de Estabilización de la Economía que se está elaborando (y que aparecerá finalmente en 1959<sup>427</sup>) será el motivo de ciertas modificaciones que describen esta segunda etapa. La reforma de 1956 (Decreto 26 de octubre - en adelante, D'56<sup>428</sup>) eliminando la exigencia de ciertas formalidades (especialmente, el expediente previo), presumiendo la no readmisión en caso de silencio<sup>429</sup> y, sobre todo, 'neutralizando' el denominado "derecho de opción" en las empresas de ciertas dimensiones (a cambio de un sustancial incremento - mínimo y máximo - de la compensación económica posible - a través del conocido "incidente de no readmisión")<sup>430</sup>, trata de dar respuesta al nuevo escenario económico-productivo<sup>431</sup>. Lo que se traduce en un incremento de la desigualdad entre los trabajadores de empresas de plantillas reducidas sobre el resto (que eran la inmensa minoría)<sup>432</sup>. Sin embargo, el sistema se mueve en una ambigüedad calculada, pues, mientras que, como se ha analizado, facilita las vías para salir injustificadamente de la empresa, paralelamente se suprime la limitación de la responsabilidad por mora del empresario (de 24 días prevista en el art. 52 LJM'31<sup>433</sup>) y se restringe la autorización de los expedientes de regulación de empleo<sup>434</sup>. Por otra parte, siguiendo la práctica de algunas normas de carácter sectorial, se promueven determinadas acciones dirigidas a preservar la ocupación de determinados colectivos que, esencialmente por su edad, se presume pueden tener más

---

<sup>426</sup> *Ver* **TOVILLAS ZORZANO**. *Sobre el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*. RPS nº 92, 1971, p. 120 y 121.

<sup>427</sup> Decreto-Ley 10/1959, 21 de julio, de Ordenación Económica (BOE 22 de julio).

<sup>428</sup> BOE 25 de diciembre. Reforma, por cierto, de dudosa legalidad. Aunque posteriormente subsanada con la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1958. *vid.* al respecto, **TOVILLAS ZORZANO**. *Sobre el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*, *op. cit.*, p. 104, 105 y 120; y **LAVADO MOLINA**. *Los salarios de tramitación en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 98 y 99. Con carácter previo, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio 1958, que deroga la Ley de 19 de octubre 1889, aunque tiene la finalidad unificadora, habilita la posibilidad de que subsistan algunos procedimientos especiales. El Decreto 10 de octubre 1958 (BOE 28 de octubre) relativo a los procedimientos especiales que continúan vigentes, declara la pervivencia de los "procedimientos relativos a crisis de trabajo y modificación de condiciones contractuales" (art. 1.18).

<sup>429</sup> Art. 6 D'56. Aspecto criticado por la doctrina. Entre otros, **DE LA VILLA GIL**. *Problemas de estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>430</sup> Entre seis meses y cuatro años – art. 8.5 D'56.

<sup>431</sup> Con carácter previo, el Decreto 8 de junio 1956 (BOE 15 de julio 1956) elimina la necesaria autorización administrativa previa para acordar mejoras voluntarias en favor de los trabajadores prevista en el Decreto 16 de enero 1948 – BOE 28 de enero.

<sup>432</sup> **DE LA VILLA GIL**. *Problemas de estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 15 y 16.

<sup>433</sup> Un análisis crítico a la reforma del régimen jurídico de los salarios de tramitación en **LAVADO MOLINA**. *Los salarios de tramitación en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 98 y ss.

<sup>434</sup> El Decreto 22 de octubre 1959 (BOE 27 de octubre), modifica el art. 3 del DCr'44 y declara el silencio administrativo como negativo; y el Decreto 14 de noviembre 1958 (BOE 1 de diciembre) se refiere al cómputo de los plazos para recurrir.

dificultades de acceder a un nuevo empleo en caso de ser cesados (aunque manteniendo la preferencia de los cargos sindicales)<sup>435</sup>.

En los posteriores cambios legislativos introducidos por el Decreto 3090/1972, 2 de noviembre<sup>436</sup> – en adelante, DPE<sup>72</sup> –, como derivación de las directrices marcadas por el III Plan de Desarrollo<sup>437</sup>, se constata un intento de “liberalizar” el régimen de los expedientes de regulación de empleo (adaptándolo a los nuevos vectores económicos). En concreto, al sustituir el término de ‘crisis’ por el de ‘causas económicas o tecnológicas’, se observa la voluntad (al menos formal) de ‘suavizar’ la intensidad del desequilibrio contractual exigido para alterar el contenido de lo pactado<sup>438</sup>. Cambios, que paradójicamente, se acompañan de un incremento del intervencionismo administrativo. En cualquier caso, la norma es absolutamente ajena a los graves desequilibrios que se sucederán a lo largo de esta década y que mostrarán toda su virulencia durante la transición y los primeros años de la democracia. Por otra parte, como apuntará RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, a partir de esta fecha (y hasta 1994) se empezará a constatar una contradicción entre los diversos niveles de elaboración jurídica, pues, a pesar de la progresiva flexibilización legal del desequilibrio contractual exigible puede constatarse un anquilosamiento conceptual<sup>439</sup>. Más allá de estos cambios conceptuales, el DPE<sup>72</sup> no tiene excesiva incidencia en las estructuras formales de protección del empleo que ya existían en el modelo precedente. Aunque, como asevera DEL VALLE VILLAR, a diferencia de la dinámica liberalizadora de la economía española iniciada a partir de la década de los años 50, se produce un fortalecimiento del papel de la Administración, mediante dos cauces: se le concede la facultad de iniciar el expediente (lo que la convierte en juez y parte del proceso) y se recortan las competencias atribuidas a la Magistratura de Trabajo (determinación del importe de la

---

<sup>435</sup> El Decreto 1293/1970, 30 de abril (BOE 8 de mayo) declara la preferencia de los trabajadores de más de 40 años (y dentro de éstos: los de mayor edad, los que tengan más antigüedad en la empresa y, finalmente, los que tengan cargas familiares), afectados por una crisis laboral o reconversión de empresa (art. 3). También resulta interesante la remisión a las Empresas para que (previo informe del Jurado de Empresa) prevean la posibilidad de articular medidas de movilidad interna a los efectos de evitar la resolución (art. 4). No obstante, también se prevén algunas medidas para los trabajadores minusválidos (preferencia absoluta para ser contratados en la última empresa en la que prestaron sus servicios y que fueron cesados a causa de su falta de capacidad) – Decreto 2531/1970, 22 de agosto (BOE 15 de septiembre).

<sup>436</sup> BOE 15 de noviembre. Desarrollado por la Orden 18 de diciembre 1972 (BOE 2 de febrero 1973).

<sup>437</sup> Ley 22/1972, 10 de mayo (BOE 11 de mayo).

<sup>438</sup> Como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, “la norma pretende desenganchar la regulación de empleo de la noción originaria de crisis, bien que ésta se integre como un supuesto más del más general alcance de los motivos tecnológicos o económicos, para sintonizar propiamente con el funcionamiento normal, y no sólo crítico, de la empresa”. PALOMEQUE LÓPEZ. *Crisis económica y regulación de empleo*, op. cit., p. 257.

Además, se prevé la posibilidad, en paralelo a la modificación, suspensión y resolución de los contratos, de efectuar las denominadas “regulaciones sectoriales de empleo”. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 58. Previsión que, en opinión de RIVERO LAMAS, tuvo una aplicación “conforme a los principios de la política de empleo”. De todos modos, la “atención a otros problemas económicos y la acentuación de la crisis política, llevaron a postergar esta política de modernización de nuestro sistema productivo”. RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 329 y 330

<sup>439</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 122.



indemnización), atribuyéndose a la Administración (art. 11.3)<sup>440</sup>. Más allá de estos aspectos, el DPE'72 apenas modificará el régimen previsto, manteniéndose el control previo de la Autoridad Laboral (art. 2) – aunque, como novedad, se reconoce la iniciativa a los trabajadores interesados, art. 11.2. También debe destacarse la posibilidad, por un lado, de excepcionar las normas de preferencia de determinados colectivos de trabajadores y, por otro, de proponer la cuantía de la indemnización (pudiendo ser aceptada por la Autoridad Laboral si resulta ser superior a la legalmente prevista). Lo que se tradujo en el incremento de las indemnizaciones como condición para que fuera autorizado el expediente (práctica aún vigente en la actualidad)<sup>441</sup>. En cualquier caso, la previsión de un sistema dirigido a asegurar el percibo del resarcimiento económico (para los casos de insolvencia provisional, suspensión de pagos o quiebra) supone una clara mejora con respecto al régimen anterior<sup>442</sup>.

Durante esta segunda etapa se ha podido observar que la voluntad del régimen es disminuir la *intensidad* en la protección del empleo frente a los riesgos de origen económico. Pues bien, en paralelo a la constatación de esta inapelable necesidad de proceder a un inaplazable proceso de reestructuración generalizado (dirigido fundamentalmente a superar el fenómeno del subempleo)<sup>443</sup>, la exigencia de prever algún tipo de prestación para los trabajadores cesados cobra cada vez mayor fuerza. No sólo para paliar los efectos de la extinción del contrato, sino también como una medida de protección de la organización empresarial<sup>444</sup>. Aunque ya se habían adoptado algunas medidas de carácter sectorial durante la primera etapa expuesta, puede afirmarse que el proceso que culminará con la promulgación de la Ley 62/61, de 22 de julio, que regula el Seguro de Desempleo<sup>445</sup>, en la que, además, se

---

<sup>440</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 204 y ss.

<sup>441</sup> RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 329.

<sup>442</sup> También se prevé un régimen jurídico específico para los supuestos de reestructuraciones de sectores de actividades productivas.

<sup>443</sup> Cfr. ARANGO FERNÁNDEZ. *La protección por desempleo en España*, op. cit., p. 64.

<sup>444</sup> Así, en aras a salvaguardar la continuidad de la empresa, en los supuestos de paro tecnológico y de paro por dificultades económicas (Decretos 16 de junio 1954 y 26 de noviembre 1959) el subsidio que percibe el trabajador sustituye a la indemnización por extinción del contrato. Por lo que con este “seguro de paro se produce la cobertura de un doble riesgo: de un lado, el del trabajador, y de otro, el de la empresa”; de tal forma que “para algunas empresas en riesgo de crisis, el Seguro de Paro puede evitar el colapso; para otras constituye un alivio considerable, ya que, al ser liberadas de inversiones negativas en indemnizaciones por despido, pueden dedicar el importe de las mismas a otras atenciones más productivas para ellas y para la economía nacional”. PALANCAR DE P. BOTIJA. *El seguro de paro como seguro de empresa*. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, p. 310.

<sup>445</sup> BOE 24 de julio. Normativa precedente al respecto que queda derogada es ciertamente numerosa. Así se deroga el Decreto 13 de julio 1940 (desarrollado por la Orden 5 de agosto 1940) que regula las normas para el abono de salarios en las industrias algodoneras en situaciones de falta de primeras materias – ampliado por el Decreto 301, 1959, 5 de marzo (BOE 9 de marzo) a cualquier circunstancia, salvo las tecnológicas. También queda derogado el Decreto-Ley 3 de agosto 1945 (BOE 9 de agosto) – desarrollado por la Orden 28 de septiembre 1945 (BOE 2 de octubre) - que reconoce la percepción de un subsidio al personal obrero afectado por el paso por escasez en el suministro de energía eléctrica – derogado por el Decreto 11 de abril 1952, al mejorar las condiciones climatológicas, y resucitado a través del Decreto-Ley 25 de septiembre 1953 (BOE 20 de octubre), al empeorar de nuevo. La Orden 31 de marzo 1955 (BOE 2 de mayo), que establece las normas de concesión del seguro de

declara la compatibilidad del subsidio de paro y las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato<sup>446</sup>. De este modo, se confirma la existencia de una correlación entre la intensidad con la que se salvaguarda el empleo y la previsión de ciertas medidas paliativas dirigidas a mitigar los efectos de la extinción del contrato<sup>447</sup>. Aunque, conviene advertir que el impacto es menor al que probablemente se esperaba, ya que en el escenario normativo que dibuja la reforma de 1956, como se ha expuesto, se mantiene el carácter ilimitado de la responsabilidad por mora, persiste (aunque con un leve reforzamiento) el régimen de la autorización administrativa previa y, en las empresas de más de cincuenta trabajadores, se produce un incremento sustancial de la compensación económica que puede percibir el trabajador por la no readmisión (se multiplica por cuatro). De modo que, en términos generales, puede afirmarse que, a pesar de los cambios, la estabilidad en el empleo sigue configurándose de un modo similar a como se planteaba en los primeros años del franquismo.

Finalmente, otro de los ámbitos en los que puede apreciarse una intensificación de la protección del empleo es el relativo a la incapacidad temporal (a pesar de las deficiencias manifiestas del art. 79 LCT<sup>44</sup> al respecto). Proceso que, si bien no tiene una vinculación directa con un incremento de la inestabilidad motivado por las fluctuaciones económicas (pues, se trata de supuestos de imposibilidad objetiva sobrevenida), sí es cierto que no puede desvincularse por completo del estado de la economía, pues, la progresiva mejora en el régimen de las prestaciones, se produce en paralelo a un incremento del desarrollo productivo y económico del país. En concreto, a lo largo de estas dos etapas, se reconocen los efectos suspensivos de ciertas imposibilidades transitorias originadas por enfermedades profesionales y por contingencias no profesionales, así como el incremento del período de suspensión de la

---

desempleo por reducción de plantillas con causa en razones de carácter técnico, en desarrollo del Decreto 16 de junio 1954, también quedan derogados. También quedan derogados los Decretos 18 de octubre y 8 de noviembre que prevén subsidios de paro para situaciones catastróficas. Lo mismo sucede con el Decreto 2082/1959, 26 de noviembre (BOE 28 de noviembre), que regula el subsidio de paro para los supuestos de crisis económica (y la Orden 11 de diciembre 1959, BOE 16 diciembre, que lo desarrolla); y el Decreto 3 de marzo 1960 (BOE 7 de marzo) amplía el ámbito del Decreto de 1959, incluyendo las causas tecnológicas (desarrollado por la Orden 9 de marzo 1960, BOE 16 de marzo). *Vid.* al respecto, extensamente, **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España*, *op. cit.*, p. 46 y ss.

<sup>446</sup> *Vid.* al respecto, **ALONSO OLEA**. *El seguro nacional de desempleo*. RISS nº 6, 1961, p. 1396 y ss. La Ley 62/1961 fue desarrollada por la Orden 14 de noviembre 1961 y por el Decreto 1721/1961, 6 de septiembre y se integró prácticamente sin cambios en la Ley de Bases de la Seguridad Social. Una pormenorizada exposición de la evolución del régimen jurídico del desempleo desde este momento hasta finales del siglo XX en, **ARANGO FERNÁNDEZ**. *La protección por desempleo en España*, *op. cit.*, p. 67 y ss.

<sup>447</sup> La estrecha vinculación existente entre la protección del empleo y la previsión social son evidentes. La generalización durante los años sesenta del seguro de paro forzoso, “es la contrapartida obligada de una posible atenuación de la rigidez de las normas y criterios que presiden hoy la regulación de los llamados despidos por crisis; dicho de otra manera, resultaría de una incongruencia manifiesta suprimir la autorización administrativa en los expedientes de crisis y, mucho más, suprimir las indemnizaciones (...), si al tiempo no se arbitra, mediante el seguro de paro forzoso general, la percepción por éste de las prestaciones parcialmente sustitutivas de sus rentas de trabajo mientras está real y verdaderamente en situación de paro forzoso, esto es, queriendo y pudiendo físicamente trabajar y no pudiendo hacerlo por falta de existencia de vacante o plaza de trabajo disponible”. **ALONSO OLEA**. *Instituciones de Seguridad Social*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1959, p. 117. *Vid* también, **DEL PESO CALVO**. *El Fuero del Trabajo y la seguridad social española*. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1961, p. 213; y **BORRAJO DACRUZ**. *Sujetos protegidos y objeto en la relación jurídica del seguro contra el paro involuntario*. RISS nº 6, 1959, p. 1802.

relación de trabajo<sup>448</sup>. Proceso que culminara con la promulgación de la Ley 193/1963, 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y el Decreto 907/1966, 21 de abril, que aprueba el Texto articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social (en adelante, TRLBSS'66), pues, con el objetivo de uniformizar la materia, finalmente, se acaba con la dualidad normativa existente respecto de las contingencias comunes y profesionales<sup>449</sup>. A partir de este momento, se incrementa la protección del empleo, pues, la duración del subsidio es de 18 meses

---

<sup>448</sup> En cuanto a los accidentes de trabajo, conforme a lo previsto en el TRAT'32 (al igual que la LAT'1900), el empresario puede resolver el contrato transcurrido un año desde la declaración de incapacidad temporal (*Vid.* al respecto *supra*). Normativa que prevalecerá durante los primeros años del franquismo hasta 1956, momento en el que se promulga el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo (BOE 15 de julio), en adelante, TRLAT'56 (previa unificación del Seguro de Accidentes en la agricultura con el de la industria aprobada por la Ley 22 de diciembre 1955, BOE 25 de diciembre – y vigente desde la II República). A partir de este instante la suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo tiene una duración máxima de 18 meses (art. 13 TRLAT'56). En cuanto a las enfermedades profesionales, truncada la viabilidad de la Ley 13 de julio 1936 (Gaceta 15 de julio) por la Guerra Civil, el Decreto 10 de enero 1947 (BOE 21 de enero) que regula el seguro de enfermedades profesionales, constituye la manifestación normativa más importante una vez acabada la guerra (desarrollado por la Orden 19 de julio 1949, BOE 19 de agosto). Con anterioridad, son varias las disposiciones que regulan parcialmente aspectos relativos a este tipo de contingencias. *Vid.* un breve análisis al respecto, **MONTOYA MELGAR**. *La seguridad social española: notas para una aproximación histórica*, *op. cit.*, p. 24; y **PÉREZ BOTIJA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 261 y 262. Con posterioridad, el Decreto 792/1961, 13 de abril (BOE 30 de mayo, desarrollado por la Orden 9 de mayo 1962, BOE 29 de mayo), pretende incluir sin excepción la enfermedad profesional en el cuadro general de los riesgos que protege el Seguro de Accidentes de Trabajo.

En cuanto a las *contingencias no profesionales* se plantean muchos más problemas para su cobertura normativa. En definitiva, no sólo se discute si el trabajador tiene derecho a compensación económica alguna, sino que, incluso, se debate si tales contingencias constituyen un supuesto suspensivo. Durante la II República, pese a la declaración formal del art. 46.2 CE'31, el art. 90.1 LCT'31 únicamente se refiere a la suspensión por “enfermedad”, sin que exista norma alguna que desarrolle este supuesto suspensivo (salvo para los empleados domésticos). La LCT'44 tampoco ofrece una solución esclarecedora, pues, el art. 79.1 sólo emplea el término “enfermedad”. No obstante, la doctrina entiende que la norma se refiere a las enfermedades derivadas de una contingencia no profesional. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 103 y 104. Autor que, por otra parte, pone de manifiesto las incoherencias jurídicas entre los arts. 68 y 79.1 LCT'44 (p. 126 y 127). En cuanto a la obligación empresarial de mantener la vigencia del contrato durante un determinado período de tiempo, la cuestión se complica, pues, el Estado rechaza la uniformización de la materia, delegando en las Reglamentaciones de Trabajo su regulación (el art. 11 Ley de Reglamentaciones de Trabajo 1942, menciona las “enfermedades”, sin mayores precisiones). Circunstancia que da pie a la existencia de una amplia variedad de criterios (Aunque parece que lo más habitual es que la reserva del puesto de trabajo se mantenga durante 1 año. *Vid.* al respecto, **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo*. Bosch. Barcelona, 1959, p. 60 a 63; y **VIDA SORIA**, *op. cit.*, p. 130 y 131). No obstante, tratando de dar claridad sobre esta situación, un sector de la doctrina entiende que, en aplicación de la Ley de 14 de diciembre 1942, que establece el seguro obligatorio de enfermedad - en adelante, LSOE'42 - (arts. 11 y 18), salvo lo que hubieran previsto las Reglamentaciones de Trabajo correspondientes y la costumbre, el plazo máximo de suspensión de la relación de trabajo por enfermedad es de 26 semanas. **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 254. Postura criticada, pues, la LSOE'42 se refiere al plazo durante el cual el trabajador tiene derecho a percibir prestaciones sanitarias, farmacéuticas y económicas, pero no al período durante el cual el contrato puede permanecer como máximo en suspenso. **CARRO IGELMO**, *op. cit.*, p. 58 y 59; **PÉREZ BOTIJA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 261 nota 5, p. 271 y 272; y **VIDA SORIA**, *op. cit.*, p. 129. Respecto de la dimensión económica, la LSOE'42 prevé el establecimiento de determinadas compensaciones (arts. 17 a 20) Una exposición al respecto, **JOVER RAMÍREZ**. *La incapacidad temporal para el trabajo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, p. 46 a 48.

<sup>449</sup> Regulación que se refiere a la incapacidad laboral transitoria (en adelante, ITL) y a la invalidez provisional. Así, según el art. 126 TRLBSS'66 son “estados o situaciones determinantes de la incapacidad laboral transitoria los de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo”. También tiene la calificación de situación de ILT “los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en caso de enfermedades profesionales” (art. 126.2 TRLBSS'66). Situaciones en las que el trabajador propiamente no esté “impedido para el trabajo” y que encajan difícilmente en el concepto de imposibilidad objetiva.

(prorrogables por otros seis, si también se hubiera prorrogado la asistencia sanitaria, incluyéndose para el cómputo de estos períodos los de observación y recaída)<sup>450</sup>.

## ***2.- La transición y los inicios del período democrático, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.***

El segundo período citado integra dos etapas de la historia española extraordinariamente relevantes: por un lado, la Transición; y, por otro, los albores del régimen democrático. Procesos que, pese a la similitud en la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo y su carácter – en perspectiva – transitorio, deben analizarse separadamente.

A lo largo de la Transición convergen dos fenómenos extraordinariamente complejos: el tránsito de un régimen dictatorial a un sistema democrático y los efectos de una crisis económica de extraordinaria virulencia, aunque percibida postergadamente, pues, sus efectos (devastadores) pudieron ser parcial y temporalmente retenidos<sup>451</sup>. Obviando el análisis del desafío que plantean los riesgos derivados de la democratización del sistema político y su impacto en la salvaguarda del empleo (por ser objeto de estudio en el apartado que sigue), durante la transición vuelve a plantearse la necesidad de crear un sistema que pueda canalizar (o amortiguar) el impacto de las nuevas fluctuaciones económicas en las relaciones de trabajo. Es claro que la crisis de los años 70 describe un nuevo escenario que precipita nuevas reformas legislativas. Lo que confirma la hipótesis apuntada al inicio de este epígrafe, pues, el contexto económico, como fuente de inestabilidad, es el que acaba pautando la configuración de las medidas de protección del empleo (y también en la regulación del desempleo). En definitiva, al igual que durante la II República, el principio de estabilidad sigue desarrollándose a la estela de los dictados de la matriz económica.

Una de las características de este (breve) período es la desorientación en la política legislativa (probablemente motivada por el - lógico - desconcierto político y la progresiva constatación de la verdadera dimensión del desequilibrio económico que sufre el país), tal y como lo evidencia la celeridad con la que se suceden los cambios legislativos y la fugacidad de

---

<sup>450</sup> Art. 129.1 TRLBSS'66. En cuanto a la duración del subsidio en los períodos de observación se estará a lo previsto reglamentariamente (art. 131.1 TRLBSS'66). Y el art. 9 Decreto 3158/1966, 23 de diciembre (BOE 30 de diciembre), que Aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, fija dicho período en seis meses, prorrogables por otros seis.

<sup>451</sup> La concurrencia de estos dos fenómenos hizo que fuera difícil deslindar los cambios 'democratizadores' del Derecho del Trabajo de los cambios derivados de la adaptación a la situación económica. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Derecho del Trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 248 y 249. Vid. al respecto también, **MARTÍN VALVERDE**. *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, op. cit., p. 165 y 166.

ciertos planteamientos sobre los que se asienta la política de protección del empleo<sup>452</sup>. De todos modos, el alcance de este período es indiscutible, pues, pueden identificarse las principales vectores sobre los que se construirá la protección del empleo a partir de 1980, resultando ser, por ello, un período fundamental en la evolución del principio de estabilidad.

La aportación de la LRL'76 al fortalecimiento de la continuidad del contrato de trabajo es ciertamente notable, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que “supuso un momento culminante del proteccionismo de la estabilidad en el empleo”<sup>453</sup>. Sin embargo, se trata de una reforma particular, especialmente, por su carácter extemporáneo. La reforma trató de dar una respuesta de conjunto a diversos factores de inestabilidad, a fin de incrementar la protección del empleo (en un intento de retornar a los planteamientos de la etapa autárquica). Lo que supuso, sorprendentemente, relegar a un segundo plano (o, directamente, obviar) los indicadores económicos del país (evidenciando, con ello, una cierta “miopía” política)<sup>454</sup>. Sin duda, debe valorarse como un paréntesis en la inercia del principio de estabilidad descrita, porque, se trata de una reforma que no responde al escenario que describe la situación social, política y, especialmente, económica del país. De todos modos, aunque se trate de una norma que no tenga el “don de la oportunidad” (especialmente en lo concerniente a la readmisión obligatoria en las extinciones injustificadas), tampoco puede afirmarse su absoluta falta de idoneidad, pues, responde a la clamorosa necesidad de actualizar el régimen jurídico de muchas instituciones que, en el mejor de los casos, no se habían modificado desde 1944. De hecho, la idoneidad de esta actualización se constata en el instante que muchas de las disposiciones de la LRL'76 se incorporarán al ET'80 (y posteriormente al TRET) directamente o a través de una formulación derivada. En cuanto a las modificaciones dictadas a contracorriente de los dictados del ciclo económico y a la necesidad de buscar medidas legales que respondan más adecuadamente al mismo, la virulencia de la crisis no tardará en evidenciar la necesidad (imperiosa) de una contrarreforma.

Como primer factor a destacar, la LRL'76 mantiene el mismo régimen de autorización previa que el previsto en el DPE'72 (art. 18 LRL'76)<sup>455</sup>. Las novedades dirigidas a incrementar la protección del empleo pueden sintetizarse en siete:

En primer lugar, se delega en las Ordenanzas Laborales y en los Convenios colectivos sindicales la previsión de un período de prueba, como una fase experimental en la que las partes tienen reconocida una facultad de desistimiento y cuya duración viene legalmente

---

<sup>452</sup> Según SUÁREZ GONZÁLEZ, la característica más destacada de los gobiernos de la UCD “ha venido siendo la indecisión, el juego a muy corto plazo y, en definitiva, la ambigüedad o ausencia de cualquier compromiso firme”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 27.

<sup>453</sup> MARTÍN VALVERDE. *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, op. cit., p. 167.

<sup>454</sup> Un análisis crítico de la LRL'76 en, RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 330; y DURÁN LÓPEZ. *Contratación temporal y crisis económica*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 196.

<sup>455</sup> Así como las normas de prioridad de permanencia de determinados colectivos en estos ceses (art. 13.2 LRL'76).

limitada en función de la calificación profesional (art. 17 LRL'76). Convirtiéndose, además, en una facultad negocial de ambos contratantes – por tanto, no impuesta *ex lege*<sup>456</sup>. De este modo, se decide, finalmente, unificar la normativa dispersa en múltiples normas sectoriales<sup>457</sup>.

En segundo lugar, en relación al régimen jurídico de la transmisión de empresa (después de un silencio de 45 años<sup>458</sup>) se opta por actualizar la respuesta legislativa frente a esta fuente de inestabilidad contractual. En concreto, se mejora la redacción del supuesto de hecho, ya que el art. 15.2 LRL'76 sustituye la polémica fórmula de “cesión, traspaso o venta”, por la fórmula “cambio de titularidad”, relativa sólo a un efecto jurídico y por ende más omnicompreensiva<sup>459</sup>. Así, para la ley resulta indiferente cuál sea la causa u origen de esta modificación, dado que “lo que hace es objetivar una consecuencia jurídica trascendiendo de la

---

<sup>456</sup> **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo en del Derecho del Trabajo en España*. RPS n° 118, 1978, p. 57; y **MARTÍN VALVERDE**. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>457</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 23 a 25.

<sup>458</sup> El mecanismo jurídico de la subrogación *ope legis* del patrono cesionario en la posición del cedente se ha mantenido sin apenas modificaciones con posterioridad a la LCT'31. El art. 79 LCT'44 establece que el contrato no se extingue por “cesión, traspaso, venta o de la industria”, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y deberes del anterior. Dicción que si bien utiliza una fórmula más precisa, el contenido sustantivo se mantiene idéntico a su precedente (art. 90.1 LCT'31). Se sigue exigiendo la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente (salvo que se haya interpuesto un tercero con una finalidad fraudulenta) y la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial. Quedan excluidos los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales integrantes, en unión de otros, de la industria o negocio, como ocurre cuando se produce solamente la cesión de su maquinaria, herramientas o materias productivas o del local donde está establecida. SSTs 8 de junio 1955 (Ar. 1999); 14 de mayo 1957 (Ar. 1399); 30 de enero 1960 (Ar. 554); 1 de diciembre de 1962 (Ar. 4543); 21 de diciembre 1966 (Ar. 5488); 12 de febrero de 1969 (Ar. 603); y 10 de octubre de 1973 (Ar. 3736).

<sup>459</sup> *Vid.* **SANGUINETI RAYMOND**. *El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma*. RL n° 21, 2004, p. 10. La imprecisión de la norma, *ex LCT'44*, arrojó a la jurisprudencia a adoptar criterios de resolución pendulares, pudiéndose distinguir fundamentalmente dos fases. Se pasa de una fase en la que los tribunales realizan una interpretación de la enumeración de un modo enunciativo, “para comprender cualquier modalidad de cambio de titular” (STS 1 de diciembre 1954, Ar. 2805; en el mismo sentido, SSTs 13 de mayo 1947, Ar. 742; 4 noviembre 1948, Ar. 1387); a otra más restrictiva, que interpreta la dicción de los supuestos descritos en el art. 79 LCT'44 como *numerus clausus* (SSTs 15 de junio 1953, Ar. 1602; 6 de febrero 1960, Ar. 189). Por ejemplo, surgían dificultades cuando no podía llegarse a determinar si existe venta, cesión o traspaso, bien por disolución de la sociedad y constitución de otra nueva, o fusión de dos de ellas o simple modificación de la estructura de una existente. **PÉREZ BOTIJA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 276; **RIVERO LAMAS**. *Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa*. RPS, n° 55, 1962, p. 60. Finalmente, la STS 14 de mayo 1962, vuelve al criterio anterior, describiendo los supuestos del art. 79 LCT'44 como “venta, cesión o traspaso y otros análogos admitidos por los Tribunales laborales”. Un análisis de la evolución jurisprudencial durante la vigencia de la LCT'44 en, **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1984, nota 8, p. 14 y 15. La modificación operada por la LRL'76 fue aplaudida por la doctrina, que durante largo tiempo sostuvo que la regulación de la LCT'44 era claramente inapropiada, pues la enumeración de las formas de transmisión patrimonial de un modo tan preciso, debía interpretarse en sentido amplio atendiendo a la *ratio legis* del precepto. **MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES**. *Derecho Social Español*. Vol. I. EDERSA. Madrid, 1952, p. 401; y *La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el derecho social*. RDP 1957, p. 392 y ss.; **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 246; **RIVERO LAMAS**, *op. cit.*, p. 59 y 60; **ALONSO GARCÍA**. *La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales*. RGLJ 1958, p. 57; **TABOADA ROCA**. *Problemas que plantea el art. 79 de la Ley de contrato de trabajo*. Revista de Legislación y Jurisprudencia: Foro Gallego, año VIII, n° 69 y n° 70, 1950, p. 355; **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 531 y ss.; **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa*. RDT n° 39, 1960, p. 37; **DE LA VILLA**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, nota 23, p. 99; **RIAZA BALLESTEROS**. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, *op. cit.*, p. 178 y 191; **MARTÍN VALVERDE**. *Continuidad de las relaciones de trabajo en casos de venta judicial de los bienes de la empresa*. CDT 1974, n° 0, p. 98; y **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo*. RPS n° 106, 1975, p. 67.

causa de la misma”<sup>460</sup>. En consecuencia, dejan de ser relevantes los requisitos exigidos por la jurisprudencia, como el tracto directo o la voluntariedad en la transmisión. Por otro lado, se sustituye el término “industria” por el de “empresa”. Además, en virtud del art. 18.2 LRL’76 se posibilita la continuidad en los supuestos de transmisión parcial de la empresa, (“transmisión de centros autónomos de una empresa”)<sup>461</sup>. La transmisión no requiere, por tanto, la extinción de la personalidad del transmitente<sup>462</sup>. Modificaciones que tiene un claro propósito expansivo. Además, se imposibilita que la continuidad pueda desvirtuarse en caso de pacto en contrario<sup>463</sup> y se mejora el régimen de responsabilidades entre cedente y cesionario (art. 18.2 y 3 LRL’76). Posteriormente, el ET’80, si bien mejora la redacción, sigue una clara línea continuista con sus precedentes<sup>464</sup>; y sin que el TRET aporte novedad alguna al respecto<sup>465</sup>.

En tercer lugar, se pone fin a la discusión (doctrinal y judicial) relativa a la necesidad o no de tramitar un expediente de regulación de empresa en los supuestos de resolución o suspensión por imposibilidad objetiva sobrevenida (art. 20 LRL’76)<sup>466</sup>.

En cuarto lugar, en caso de incumplimiento imputable empresarial se emplaza al trabajador para que solicite la resolución (canalizándose la extinción a través de la resolución

---

<sup>460</sup> **GONZÁLEZ BIEDMA**. *Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios*. RL, 1993 - II, p. 244.

<sup>461</sup> Según la jurisprudencia anterior, el ámbito de aplicación del art. 79 LCT’44 queda circunscrito exclusivamente a los supuestos de transmisión universal de la empresa (SSTS 6 de mayo 1971, Ar. 2568; y 10 de abril 1972, Ar. 2147). Con anterioridad, las SSTS de 16 de abril 1945; y 9 de diciembre 1953 habían declarado que “la retirada de elementos importantes para la explotación del negocio”, por parte del transmitente no excluye la aplicación del art. 79 LCT’44. La doctrina, por su parte, era partidaria de la aplicación de dicho precepto en cualquier supuesto en el que “el objeto de la transferencia lo constituya una unidad organizativa susceptible de ser explotada con independencia de las demás partes que integran la unidad industrial”. **RIVERO LAMAS**. *Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa*, op. cit., p. 61. *Vid.* al respecto, **TABOADA ROCA**. *Problemas que plantea el art. 79 de la Ley de contrato de trabajo*, op. cit., p. 263; **MENÉDEZ-PIDAL Y DE MONTES**. *La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el derecho social*, op. cit., p. 395; **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa*, op. cit., p. 38; **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 70 y 71; **DURÁN LÓPEZ**. *La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa*. RDM, nº 131, 1974, p. 75 y 76; y **CAMPS RUIZ**. *La sucesión de empresa*. RT nº 81, 1986, p. 52 a 54.

<sup>462</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO** sostiene que al tratarse de una relación bilateral y sinalagmática entre el vendedor y el comprador, la contraprestación por la transmisión indica la subsistencia de la personalidad del transmitente, plenamente desvinculado de las relaciones laborales que le unían con los trabajadores. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa*, op. cit., p. 39. Recoge este criterio, **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 95.

<sup>463</sup> La derogación de esta cláusula de cierre del art. 79 LCT está dirigida esencialmente a dotar de mayor fuerza a la subrogación legal, en aras a una mayor protección de los intereses de los trabajadores. Se excluye la posibilidad de que las partes acuerden que el cambio de titularidad en la empresa constituya un motivo extintivo, evitándose la posibilidad del abuso patronal. El pacto al que hacía mención el artículo 79 LCT’44, sólo se refería al contenido en el propio contrato de trabajo (descartándose el pacto entre cedente y cesionario). Esta posibilidad fue aceptada aunque muy excepcionalmente por la doctrina y la jurisprudencia, por el riesgo de abuso o fraude que podía conllevar; y sólo se aceptó cuando no se consideró abusivo o contrario a la sucesión o cuando no se consideró abusivo o contrario al principio de irrenunciabilidad de derechos que establecía el art. 36 LCT’44. *Vid.* **DURÁN LÓPEZ**. *La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa*, op. cit., p. 123 y 124; **MARÍN CORREA**. *La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23*. RMTAS nº 48, 2004, p. 84 y 85; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El carácter indisponible del art. 44 ET*. RL 1988 - I, p. 73.

<sup>464</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>465</sup> Hasta la reforma de 2001.

<sup>466</sup> *Vid.* al respecto, **BARRIONUEVO PEÑA**. *Fuerza Mayor y expedientes de crisis*. En “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1977, p. 454 y ss.

judicial)<sup>467</sup>; y, además, se incluye un nuevo supuesto de incumplimiento empresarial imputable<sup>468</sup>.

En quinto lugar, sin modificar el régimen de autorización administrativa previa, se describe pormenorizadamente los requisitos para poder efectuar un traslado (lo que implica un cambio de residencia) y se reconoce a los trabajadores afectados el derecho a resolver indemnizadamente el contrato en caso de no querer aceptarlo (art. 22 LRL'76). Facultad que, como se sabe, en 1980 se extenderá a ciertas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

En sexto lugar, como novedad más sobresaliente (y fugaz), se equiparan los efectos jurídico de la improcedencia de la extinción injustificada con los de la nulidad (art. 35.4 LRL'76)<sup>469</sup>.

Y, finalmente, también debe destacarse la creación del Fondo de Garantía Salarial y la asunción de las indemnizaciones en los casos de insolvencia, suspensión de pagos y quiebra, previa reclamación de los trabajadores<sup>470</sup>.

No obstante, la proclamación de la readmisión obligatoria en caso de resolución injustificada tendrá una vigencia efímera, ya que, quedará (transitoriamente) derogada seis meses más tarde (12 de octubre 1976 – un día después de la publicación del Decreto-Ley 18/1976 – hasta, en principio, el 30 de septiembre 1977). La *prueba de contraste* de la LRL'76 con la cruda realidad económica derrumbará la operatividad de esta regla (manteniendo, no obstante, el resto), produciéndose un cambio copernicano al respecto. Desde este instante, el obligatorio cumplimiento de la prestación *in natura* puede ser substituido por una indemnización (para el caso de que el empresario no readmita o no lo haga de forma regular)<sup>471</sup>. En definitiva, después del paréntesis de la LRL'76, se vuelve a poner en marcha la *correa de transmisión* entre la matriz económica y las reformas laborales.

Al poco tiempo (5 meses más tarde), verificada la intensidad de la crisis, el RDLRT'77 volverá a introducir algunos cambios en el régimen jurídico de la resolución del contrato (en

---

<sup>467</sup> A diferencia del art. 78 LCT'44 que establecía que el trabajador podía “por su voluntad, dar por terminado el contrato”.

<sup>468</sup> En concreto, la modificación de las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio grave de su formación profesional o en menoscabo notorio de su dignidad (art. 21.2 LRL'76).

<sup>469</sup> La readmisión sólo puede ser soslayada si existe un acuerdo entre las partes o lo considere oportuno el Magistrado. En cuyo caso, la indemnización a percibir no puede ser inferior a seis meses, ni superior a dos meses de salario por año trabajado, con un máximo de cinco años – parámetros que varían en función de si de trata de un trabajador titular de familia numerosa de 1ª o 2ª categoría, si tiene 40 y 55 años o si tiene reconocida una minusvalía. Produciéndose un incremento notable de la compensación económica. Una exposición de los motivos jurídico-políticos que impulsaron la redacción de este precepto en, **OLIET GIL**. *El despido*. En “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1977, p. 585 y 586.

<sup>470</sup> Art. 31 LRL'76.

<sup>471</sup> Los parámetros para el cálculo de la indemnización varían sensiblemente, pues, el mínimo queda fijado en dos meses de salario por año de trabajo (en vez de seis meses); y el máximo se amplía hasta los siete años cuando de trata de trabajadores especialmente protegidos (titulares de familia numerosa, etc.). La pertinente modificación del TRLPL'73 se realizará a través de la Orden Ministerial 15 de octubre 1976 (BOE 20 de octubre).



concreto, por incumplimiento imputable y por excesiva onerosidad), con el fin de agilizar en la medida de lo posible las necesarias reestructuraciones que impone el estado de la economía (y de adaptarse a las directrices de la OIT – como proclama la Exposición de Motivos)<sup>472</sup>. De todos modos, a diferencia de sus precedentes inmediatos, puede constatarse un importante esfuerzo sistematizador – aunque sólo en la regulación de determinadas instituciones (con el propósito, probablemente, de dar mayor claridad y seguridad al sistema); avanzándose lo que será la estructura del régimen jurídico de la extinción del contrato del futuro Estatuto de los Trabajadores. Así, en lo que al despido se refiere (sin perjuicio de los aspectos vinculados a los derechos fundamentales que serán analizados posteriormente), más allá de una nueva enumeración de las conductas calificables como incumplimientos imputables (art. 33 RDLRT<sup>77</sup>) y la reiteración de los requisitos formales que deben acompañar a la decisión extintiva (art. 34 RDLRT<sup>77</sup>), se confirma el cambio de tendencia del Decreto-Ley 18/1976 y se equiparan los efectos del despido nulo con los del improcedente (art. 36 RDLRT<sup>77</sup>). De tal modo que siempre puede cumplirse por equivalente (salvo si el trabajador ostenta un cargo electivo sindical)<sup>473</sup>.

En cuanto a la resolución por excesiva onerosidad, el RDLRT<sup>77</sup> distingue entre los desequilibrios motivados por ‘causas de empresa’ (“causas económicas o tecnológicas” o “necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo”) del resto (incluyendo definitivamente a la ineptitud)<sup>474</sup>. Y, dentro de los primeros, se prevé un tratamiento diferenciando entre los que afectan a un solo trabajador de los que lo hacen a más de uno, especialmente, porque en aquél supuesto, se entiende (al menos en el plano formal) que no es necesario que el desequilibrio contractual esté intrínsecamente vinculado a circunstancias adversas de la empresa<sup>475</sup>; y, en paralelo, al sustraerse determinados supuestos resolutorios del control administrativo previo, se opta por compensar esta desprotección, condicionado la legalidad de la extinción a la prueba de que no se pueda emplear al trabajador afectado en otras tareas. En lo que respecta a los requisitos formales, salvo las calificadas como colectivas (que se canalizan a través de los ERE), las resoluciones están sometidas al cumplimiento de una serie de requisitos formales, entre los que destaca la concesión de un plazo de preaviso y la necesidad de poner a disposición del trabajador una indemnización (modificándose la fórmula de cálculo

---

<sup>472</sup> Como recoge OJEDA AVILÉS, en el año 1977 la crisis continúa acentuándose, y el número total de parados que se contabiliza oficialmente se ha casi triplicado desde 1973. OJEDA AVILÉS. *El final de un “principio” (la estabilidad en el empleo)*, op. cit., p. 469.

<sup>473</sup> Se mantienen los topes mínimos y máximos previstos en el Decreto-Ley 18/1976 y se unifican para todos los trabajadores, aunque se faculta al Magistrado a rebajar los mínimos en las empresas de menos de 25 trabajadores; y, además, se ofrecen una serie de parámetros con el fin de orientar la determinación del importe del resarcimiento.

<sup>474</sup> Esquema resolutorio que se reiterará en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

<sup>475</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 61.

prevista en la LCT<sup>44</sup>)<sup>476</sup> – que debe devolver si se declara la improcedencia y el empresario decide readmitir (art. 40 RDLRT<sup>77</sup>); y sancionándose su incumplimiento con la nulidad<sup>477</sup>. De todos modos, al igual que en el despido, la declaración de nulidad surte los mismos efectos que los de la improcedencia (art. 43 RDLRT<sup>77</sup>). No obstante, en la práctica, “esta disposición, que pretendía constituirse en remedio rápido para aliviar de una carga personal a las pequeñas empresas, chocó, sin embargo, con una restrictiva aplicación por la Jurisdicción laboral”<sup>478</sup>.

Por otra parte, las novedades con respecto a los ERE también son muy importantes, especialmente, porque se tiende a una relajación en la intensidad de la intervención administrativa, abriendo el espacio de juego a la intervención de los representantes de los trabajadores. Por un lado, se produce una importante *desregulación* en favor de la autonomía colectiva (del procedimiento a seguir, plazos de preaviso, orden de prelación e importe de las indemnizaciones). También se posibilita que el expediente se resuelva a través de un acuerdo entre trabajadores y empresario (art. 45.3 RDLRT<sup>77</sup>), lo que significa la apertura del espacio de juego de los trabajadores en la organización productiva (poniéndose fin la monopolio que ha ostentado el empresario durante décadas)<sup>479</sup>. Circunstancia calificada por la doctrina como la principal innovación y de las disposiciones más importantes en el régimen de la transición<sup>480</sup>. Y, finalmente, se prevé la anticipación de las compensaciones económicas por parte del Fondo de Garantía Salarial (dentro de los límites legales) en los casos de insolvencia, suspensión de pagos y quiebra (art. 45.4 RDLRT<sup>77</sup>), contribuyendo a la aceleración de la compensación del trabajador.

Aunque la promulgación del ET<sup>80</sup> no responda, propiamente, al advenimiento de una situación de crisis, sino, esencialmente, a la adaptación del sistema de relaciones laborales al nuevo contexto jurídico-político, puede observarse que la política de protección del empleo va a estar muy ligada a la situación de la economía española, que lejos de normalizarse durante los primeros años de la democracia, sigue inmersa en una profunda crisis<sup>481</sup>. Modelo cuya incoherencia originaria (fruto de su carácter de transición, pues, sigue participando de

---

<sup>476</sup> Resarcimiento que ascenderá a una semana de salario por año de servicio (o fracción), sin que se prevea un tope ni mínimo ni máximo (art. 44 RDLRT<sup>77</sup>).

<sup>477</sup> Régimen que también se recogerá a partir de 1980.

<sup>478</sup> **RIVERO LAMAS**. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 332.

<sup>479</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 68.

<sup>480</sup> **RIVERO LAMAS**. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 331.

<sup>481</sup> Como afirma GARCÍA FERNÁNDEZ, la “creación” del Derecho del Trabajo durante estos últimos años ha estado dominada por la conciencia de la crisis económica. **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *El Derecho del Trabajo en la recesión económica española*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 305.

numerosos planteamientos del régimen anterior)<sup>482</sup> se intensifica a medida que se constata la existencia de modos de actuación económica y social distintos, cada vez más refractarios a la rigidez heredada de la etapa precedente.

Dejando por el momento al margen los intentos del Legislador por canalizar del mejor modo posible los efectos de esta fuente de inestabilidad contractual, a los que nos referiremos a continuación, en términos generales, en el ET'80 puede apreciarse un claro espíritu sistematizador (como se aprecia en la enumeración de las causas suspensivas – incluyéndose algunos supuestos nuevos<sup>483</sup> - y extintivas; y, sobre todo, en el tratamiento integrador de las diversas medidas posibles atribuidas al empresario – modificación, suspensión y resolución - para hacer frente a los diversos niveles de desequilibrio contractual<sup>484</sup>).

En lo sustantivo, sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, las principales novedades, en una (obligada) visión simplificada de conjunto, se van a centrar, de nuevo, en dos aspectos. Primero, en la necesidad de configurar un sistema que sea capaz de responder adecuadamente a los desequilibrios contractuales motivados por una excesiva onerosidad vinculada a la situación de la empresa con el fenómeno de las crisis globales y el de la necesidad de adaptarse a los cambios de un mercado en constante evolución. Aunque, atendiendo al intenso papel atribuido a la Administración, es claro que la inercia del período franquista y de la transición sigue siendo muy poderosa. Y, segundo, como último recurso (por tanto, como medida siempre a recurrir), a prever un sistema de extinción injustificada del contrato que satisfaga un nivel de inestabilidad socialmente aceptable.

Respecto a la primera cuestión, ante la similitud del supuesto de hecho entre la modificación sustancial, la suspensión y la resolución y la falta de definición del concepto de “causa”, puede apreciarse, al igual que durante la vigencia del DCr'44, la voluntad de vincular a cada nivel de desequilibrio a una medida de alteración de lo pactado concreta. Estableciéndose, por tanto, una lógica operativa secuencial, de modo que en el nivel mínimo se posibilita la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y en el máximo la resolución (manteniéndose, por tanto, como *última ratio*). Además, se pretende dar celeridad al procedimiento, agilizando los trámites. De todos modos, a pesar de los intentos del Legislador, el sistema sigue estando encorsetado en los planteamientos dogmáticos del franquismo, exigiéndose un desequilibrio contractual patológico (extremadamente grave) prácticamente

---

<sup>482</sup> **MATÍA PRIM.** *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral, op. cit.*, p. 18.

<sup>483</sup> Como, por ejemplo, la suspensión de la relación de trabajo a pesar de la privación de libertad (aunque ya existían algunos precedentes en alguna Reglamentación de trabajo). **ALONSO GARCÍA.** *Curso de Derecho del Trabajo.* Ariel. Madrid, 1987, p. 563. De todos modos, este proceso sistematizador no puede entenderse como completo, pues, junto a la enumeración contenida en el art. 45 ET'80, debe añadirse el supuesto previsto en el art. 57.4 ET'80, relativo a la suspensión por cese temporal de la actividad laboral. Un planteamiento crítico de la regulación contenida en el ET'80 en **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 144 y ss.

<sup>484</sup> Extensamente al respecto, **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal, op. cit.*, p. 77 y ss.

coincidente con la imposibilidad objetiva y atribuyendo un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa (llevando a cabo una función de naturaleza prácticamente arbitral)<sup>485</sup>. Lo que, al mantener una estructura muy rígida, incentivará el recurso a métodos más flexibles pero más caros (la extinción injustificada – procediéndose a un uso abusivo<sup>486</sup> - o bien a los planes de reestructuración sectorial<sup>487</sup>). En todo este sistema el papel de la Autoridad Laboral, pese a admitirse acuerdos transaccionales entre las partes implicadas (salvo en el traslado, en el que los representantes de los trabajadores no intervienen), sigue siendo trascendental, no sólo porque la autorización administrativa sigue siendo preceptiva en las modificaciones, traslados, suspensiones y resoluciones (individuales y colectivas)<sup>488</sup>; sino porque, además, en las suspensiones y resoluciones, en caso de desacuerdo, tiene la facultad (muy discutida doctrinalmente<sup>489</sup>) de proponer, en función del desequilibrio contractual concurrente, medidas menos drásticas<sup>490</sup>. Finalmente, en cuanto a método de cálculo del importe de la responsabilidad objetiva empresarial, apartándose del modelo instaurado en 1944, el ET'80 unifica el régimen para todos los supuestos resolutorios por excesiva onerosidad e imposibilidad objetiva (que es el vigente en la actualidad).

En lo que al despido respecta, en correspondencia con la rigidez derivada de la alteración contractual motivada por las causas de empresa, se observa la voluntad de “agilizar” (o liberalizar) esta medida de *movilidad externa*, atribuyéndole un carácter alternativo (más caro). Objetivos que se articularán a través de cambios referidos, básicamente, a los efectos de la calificación jurídica<sup>491</sup>. Así, se reestablece la distinción entre el despido improcedente y el nulo (al menos, como se observará, en el plano formal). La improcedencia se traduce (salvo que se trate de un representante de los trabajadores) en el reconocimiento al empresario de la

---

<sup>485</sup> RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 332 y 339.

<sup>486</sup> RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 338.

<sup>487</sup> Regulados conforme a la Ley 21/1982, 9 de junio (BOE 19 de junio), sobre medidas de reconversión industrial. Vid. al respecto extensamente, ORTIZ LALLANA. *Peculiaridades sobre la extinción de las relaciones laborales en la normativa de reconversión industrial*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 369 y ss.

<sup>488</sup> Salvo en el caso de haya acuerdo en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (dando lugar a lo que se denominó como ‘convenio colectivo impropio’) y salvo que se trate de una resolución de un solo trabajador en una empresa de menos de 50 trabajadores – en cuyo caso, debe tramitarse a través del cauce previsto en el art. 52 ET'80 (especificándose las reglas relativas al necesario intento del empresario de recolocar al trabajador en otro puesto de trabajo ya prevista en el RDLRT'77 y siguiéndose el mismo cauce procedimental). En cuanto a los supuestos de desplazamiento, la Autoridad Laboral también intervenía si el trabajador se oponía y sin perjuicio de la ejecutividad de la decisión empresarial (art. 40.3 ET'80).

<sup>489</sup> RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 333.

<sup>490</sup> Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que, pese a concurrir un interés público en estas situaciones, esta regulación suponía un sobredimensionamiento de dicho interés, desequilibrante para los diversos intereses concurrentes. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 87 y 88.

<sup>491</sup> Salvo las relativas a la huelga previstas en los apartados j) y k) del RDLRT'77 que serán analizadas en el apartado siguiente.

posibilidad de cumplir *in natura* o por equivalente (presumiéndose que, en caso de silencio, opta por la primera). En paralelo a esta liberalización y como medida de contención – a nuestro entender –, se incrementa el importe por el incumplimiento de la prestación específica (fijándose el mismo sistema de cálculo de la compensación que en el sistema vigente). Aunque, se decide reducir su cuantía para las empresas de menos de 25 trabajadores (se reduce un 20% y el 40% restante lo asume el FOGASA)<sup>492</sup>. Lo que significa que para el empresario se produce prácticamente la equiparación de la indemnización por despido improcedente con la prevista en el art. 53 ET<sup>80</sup>.

La nulidad, por su parte, se vincula al incumplimiento de los requisitos formales (y a la falta de acreditación del motivo resolutorio durante la suspensión de la relación de trabajo) y se traduce en la readmisión del trabajador. Sin embargo, a pesar de las rigideces, el sistema posibilita varias vías para facilitar la movilidad externa. Por un lado, se admite abiertamente la posibilidad de soslayar la calificación de nulidad del despido por incumplimiento de forma (anticipadamente a su calificación judicial o una vez efectuada ésta). Y, por otro lado, en la normativa procesal la nulidad no exige su ejecución en sus propios términos (salvo cuando se trata de un representante de los trabajadores), pudiéndose convertir, en consecuencia, en una prestación por equivalente (sistema que cambiará con la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990).

El ET<sup>80</sup>, en lo que a la estabilidad en el empleo se refiere, y más concretamente, a la contención de la inestabilidad de origen económico, es un sistema de tránsito, a caballo entre una concepción de la conservación del empleo “clásica” y las nuevas directrices organizativas y productivas<sup>493</sup>. Desfase que se incrementará a medida que se consolida el tránsito hacia la *nueva economía*<sup>494</sup>. Sin negar que se trata de un modelo desajustado y, por consiguiente, ineficiente (el número de parados así lo atestiguan), no se colige, como se analizará<sup>495</sup>, que la (necesaria) reforma tuviera que canalizarse en todo caso a través de un menor intervencionismo.

---

<sup>492</sup> Una crítica a esta norma, SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>493</sup> Como afirma GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, existe la impresión de vivir dentro de un proceso de transición, a esta fase se le puede calificar de crítica, en la medida en que se abre un abismo entre el pasado y el futuro. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>494</sup> “Las garantías jurídicas que el Derecho del Trabajo ha ido creando en su historia más reciente se convierten en la actualidad en anclajes que dificultan las soluciones que desde el propio sistema económico se ofrecen”. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>495</sup> *Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte); así como la Segunda Parte de este estudio.*

### ***3.- La reforma del mercado de trabajo de 1994, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.***

A partir de la reforma de 1994, y como consecuencia de la revolución tecnológica en curso y el ingreso en una etapa de economía abierta, se produce un cambio de paradigma que inculca plenamente en el ordenamiento jurídico laboral. La promulgación del TRET responde, en gran medida, a la inadecuación del sistema laboral español vigente en el ET'80 al actual momento de funcionamiento de la economía (impulsada, básicamente, por la competitividad) y la necesidad de modificación para favorecer el desarrollo económico y la creación de empleo<sup>496</sup>. Sin obviar los efectos de la crisis económica de principios de la década.

Como sintetiza MATÍA PRIM, la reforma de la legislación laboral surge de la doble consideración sobre la inadecuación del modelo de relaciones laborales a la situación económica y productiva y sobre la incapacidad de dicho modelo de generar autónomamente la adaptación a partir de los instrumentos de apertura del sistema<sup>497</sup>. Desde esta perspectiva, se procede a una modificación en profundidad del sistema de relaciones de trabajo, tratando de dar una respuesta “no tanto mediante la actuación de cada una de las instituciones o preceptos afectados como mediante la acción copulativa del conjunto”<sup>498</sup>.

La continuidad de la empresa sólo puede predicarse – en el decir del TRET - si mejoran los niveles de “competitividad” y “productividad”; esto es, siempre que se tienda a mejorar la posición de la empresa en el mercado<sup>499</sup>. Objetivo que sólo puede alcanzarse en tanto que se permita la adaptabilidad permanente del proyecto empresarial a los sucesivos cambios de las condiciones que dicta el mercado<sup>500</sup>. O, de otro modo, ya no es posible

---

<sup>496</sup> Enfoque criticado por la doctrina, por entender que la normativa jurídica se había construido de espaldas a las necesidades económicas de las empresas. **DEL REY GUANTER**. *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral*. Tirant Lo Blanch. Colección laboral nº 15. Valencia, 1995, p. 15; y **MARTÍN VALVERDE**. *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, *op. cit.*, p. 165 y ss. Como afirma SOUTO PRIETO, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 fue edificado “en la crisis y para la crisis”. **SOUTO PRIETO**. *Los pactos de movilidad funcional*. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994, p. 97. *Vid.* también, **RIVERO LAMAS**. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, *op. cit.*, p. 326 a 337; y **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 361 y 362.

<sup>497</sup> **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 35. *Vid.* al respecto también, **RIVERO LAMAS**. *La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales*. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada, 1996, p. 58 y ss.; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Derecho del Trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>498</sup> **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 19 y 16.

<sup>499</sup> Repárese que según el Diccionario de la Real Academia Española el término “competitividad” se refiere a la “rivalidad para la consecución de un fin”.

<sup>500</sup> Como apunta DEL REY GUANTER (analizando el régimen jurídico del art. 51 TRET) “esta situación de cambio permanente origina que las posibilidades de extinciones colectivas por causas precisamente relacionadas con esos factores de cambio no puedan seguir siendo concebidas ni como patológicas ni como última ratio, sino como opciones ciertamente importantes pero relativamente normales en la gestión de la empresa”. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 179. *Vid.* también, **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994*. En “La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo” (Dir. Calvo Ibarlucea). CGPJ. Madrid, 1995, p. 185 y 186.

mantener una estructura productiva basada en un empleo ficticio o subempleo y de baja productividad<sup>501</sup>.

Esta nueva orientación económico-empresarial exige, por tanto, un cambio radical en la concepción de la protección del empleo a través de la salvaguarda de la actividad productiva. Y, por ello – se afirma –, la norma debe posibilitar situaciones de *racionalización* de la organización productiva, esto es, alteraciones contractuales sobrevenidas en el curso de la gestión *normal* de la empresa. Se fomenta, por tanto, la búsqueda de instrumentos que permitan la adaptación de las empresas a las circunstancias de un escenario productivo en constante evolución<sup>502</sup>. En este contexto, lo que prima es la capacidad de adelantarse a las potenciales dificultades que pueden amenazar la viabilidad del proyecto empresarial. El empresario debe disponer, por tanto, de instrumentos para ajustar la plantilla cuando tal necesidad se configure no sólo como imprescindible, sino como razonable<sup>503</sup>. Luego, deben permitirse reacciones preventivas o anticipatorias, sin necesidad de aguardar a que los problemas del futuro tengan que concretarse en un desequilibrio actual (y patológico)<sup>504</sup>. Lo que se traduce en el establecimiento de mecanismos que *pretenden* facilitar una mayor flexibilización, no sólo – en lo que aquí interesa – en la denominada *flexibilidad de salida*, sino también en el desarrollo de la relación laboral<sup>505</sup>.

Sin embargo, debe introducirse una matización *extraordinariamente relevante*. El Derecho del Trabajo admite esta posibilidad porque “lo que está en juego es un bien jurídico y un objetivo social como es el empleo”<sup>506</sup>. Sin duda, la estabilidad en el empleo se erige en el objetivo sustancial último al que se encamina la reforma de 1994 (afirmación que – avanzamos

---

<sup>501</sup> O, como se afirmará en el informe encargado por la OCDE al Grupo de Altos Expertos presididos por el Sr. DAHRENDORF, “no protejamos tanto al trabajador que pongamos en trance de cierre a las empresas”, *Cit. MONTOYA MELGAR. La nueva configuración del poder de dirección del empresario*. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 193.

<sup>502</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>503</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>504</sup> GOERLICH PESET. *La extinción del contrato de trabajo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, p. 79; y LÓPEZ GÓMEZ. *Las causas económicas y empresariales de despido*. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 66. O “gestión previsional” en la terminología de DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 180. Planteamiento que asimismo subyace en la jurisprudencia. La STS [C-A] 14 de julio 2003 (RJ 6260) declara que “los expedientes contemplados en el artículo 51 TRET no tienen como objetivo regular la situación laboral de una empresa en situación de quiebra, sino precisamente evitar que dicha situación se produzca, salvando el mayor número de puestos de trabajo posibles y efectuando un oportuno control por parte de los trabajadores y autoridad laboral de las condiciones en que van a quedar los trabajadores que van a quedar las personas que pierdan su empleo”.

<sup>505</sup> DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, *op. cit.*, p. 452 y 453.

<sup>506</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*. AL, nº 43, 1996, p. 821. En términos similares, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 145; y LUQUE PARRA. *El control judicial del despido colectivo: una fragmentación discutible*. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998, p. 42.

- convendrá matizar debidamente)<sup>507</sup>. Si bien es cierto que estas medidas repercuten inmediatamente en la esfera de riesgo de los trabajadores, afectando al contenido originario del contrato, se admiten en el *ámbito laboral* porque mediatamente redundan en su beneficio (si se nos permite, al menos, como *clase*), pues garantiza la continuidad del negocio jurídico (o, al menos, eso es lo que se pretende)<sup>508</sup>. Por consiguiente, desde el instante que la actividad productiva persiste y con ella los contratos de trabajo, el perjuicio particularizado es superado por la ventaja que individual y colectivamente se obtiene (nuevamente, la medida oscila dentro de la política del mal menor)<sup>509</sup>. Hasta el punto de que la “competitividad” “no puede identificarse exclusivamente con el interés lucrativo del empresario, sino también en gran medida con la viabilidad o pervivencia de la empresa en cuanto fuente de empleo”<sup>510</sup>. La

---

<sup>507</sup> MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). *Ibidem*. Madrid, 1998, p. 129.

La SJS Sevilla (nº 4) 29 de abril 2002 (AS 1850) afirma que “no parece acertada la afirmación de que la Ley subordina el interés de los trabajadores en el mantenimiento de su empleo al proyecto empresarial, no se desprende de ella que la competitividad de la empresa se ponga por delante de la pervivencia de la relación laboral”.

<sup>508</sup> “Para el logro de este fin capital [la primordial finalidad de crear y mantener el empleo], el Legislador reformista estima necesario alcanzar la mejora de la competitividad de las empresas en cuanto objetivo instrumental del anterior, de modo que ambos objetivos vienen a conformar fines mediatos que persigue aquella norma [el TRET] y que se proyectan sobre el conjunto de las modificaciones de la relación de trabajo que la misma lleva a cabo”. MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>509</sup> Sumamente ilustrativa de lo que se expone es la STSJ Andalucía (Sevilla) 16 de febrero 2004 (AS 2005\250), cuando al analizar la extinción del contrato por causas de empresa, sostiene que de lo que se trata es de hallar “una adecuada ponderación entre intereses del trabajador afectado y del empleador, sacrificando parcialmente aquéllos con la consiguiente carga compensatoria para éste, todo ello con una finalidad constitucionalmente válida, conforme a los arts. 38 y 40.1 de la CE, cual es la de proteger mediatamente el empleo, no en su perspectiva individual, sino en su vertiente colectiva, a través de la protección inmediata de la empresa como soporte del empleo, lo que pretende asegurar, al mismo tiempo, la libertad de empresa y la tendencia al pleno empleo, siendo evidente que están incluidas las situaciones negativas superables, es decir, las meramente coyunturales y no determinantes del cese de actividad empresarial, que es sólo uno de los supuestos englobables en el concepto legal”. O, como apunta la STSJ Cataluña [C-A] 26 de junio 2004 (JUR 38169), “nada obsta al sacrificio de un determinado número de empleos si con tal medida se mantienen otros empleos en la empresa en lugar de ser extinguidos todos ellos mediante la inviabilidad empresarial. Parece pues clara la manifestación de la voluntad legislativa de subordinar la adopción de tan drásticas medidas contra la estabilidad en el empleo de una parte importante de la plantilla de la empresa, a una perspectiva de futuro empresarial, de viabilidad de la empresa, de preservación del acervo social que el normal funcionamiento de una empresa representa para la economía nacional”. *Vid.* también, SSTSJ Madrid [C-A] 27 de abril y 1 de junio 2005 (JUR 159959 y RJCA 197). Incluso, en medidas menos drásticas para los intereses de los trabajadores, la doctrina judicial ha estimado que *ius variandi* “va dirigido a propiciar una mejor gestión empresarial y como consecuencia de la misma una mayor estabilidad en el empleo” (STSJ Madrid 31 de mayo 2005, AS 1467).

<sup>510</sup> LILLO PÉREZ. *El nuevo despido objetivo por causa económica*. En “Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997” (Coord. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). Tecnos. Madrid, 1998, p. 187 y 188. Para CRUZ VILLALÓN, el fomento y protección de la competitividad empresarial omnipresente en la reforma de 1994, no debe interpretarse como que el sistema jurídico otorgue primacía a los criterios de competitividad frente a la protección del empleo. CRUZ VILLALÓN. *Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos*. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 22. *Vid.* también, LÓPEZ GÓMEZ. *Las causas económicas y empresariales de despido*, *op. cit.*, p. 54 y 55.

DESDENTADO BONETE, por el contrario, parece identificar una contradicción insuperable en esta lógica implícita en la normativa laboral y especialmente a partir de la reforma de 1994 (habla de “vacilaciones importantes en cuanto a la propia significación de la reforma”). DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, *op. cit.*, p. 457.



competitividad pasa a convertirse en el paradigma del mantenimiento y la creación del empleo<sup>511</sup>. Sin embargo, la aceptación de este planteamiento tiene un coste.

Llegados a este estadio, conviene traer a colación dos observaciones. En primer lugar, la consecución del empleo se supedita a la previa consecución de la competitividad, sin la cual, el empresario no puede, en palabras del Legislador, mantener y crear empleo<sup>512</sup>. Y, al respecto, conviene tener en cuenta que la “competitividad” es un concepto esencialmente económico. Y, en un mundo económicamente globalizado, en el que la dinámica de funcionamiento viene pautada estrictamente por la competitividad (en ocasiones, salvaje), éste es el precio que se paga por vincular la continuidad en el empleo a la vida de la empresa<sup>513</sup>. Luego, las consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) que se deriven de este planteamiento deben imputarse a la positivación en la legislación laboral de esta premisa económica de partida (especialmente, cuando se ha erigido en uno de sus pilares fundamentales). Con el “agravante” de que la propia ciencia económica ha calificado a la “competitividad” como una *obsesión peligrosa* (KRUGMAN).

Desde esta perspectiva es lógico, por tanto, que el contenido del contrato se haya convertido en un elemento contingente, a fin de garantizar su continuidad, sin que por, otra parte, ésta esté plenamente garantizada a corto o medio plazo. Por lo que lo único seguro es que los futuros cambios estarán sometidos a un juicio de razonabilidad (lo que, por otra parte, ya sucedía antaño; con la *única* diferencia que ahora “lo razonable” está impregnado de un contenido siempre optimizable). Así pues, asumida esta lógica operativa, no tiene sentido, por tanto, criticar las consecuencias que se deriven de la misma si paralelamente no se objeta la validez de los planteamientos económicos que disciplinan estas vicisitudes de la relación laboral<sup>514</sup>. Desde el instante que la columna vertebral de la continuidad contractual se une al mantenimiento y el fomento de la competitividad, es cierto que se garantiza la permanencia del negocio jurídico, pero a expensas de los requerimientos que la lógica de la competitividad exijan. En definitiva, la política legislativa, en lo que a la estabilidad en el empleo, al igual que en la II República, sigue siendo el resultado de lo que ALEMÁN PÁEZ califica como un “chantaje

---

<sup>511</sup> Cuanto más competitiva sea la empresa mayor será la garantía de estabilidad en el empleo. **RIVERO LAMAS**. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*. DL n° 53, 1998, p. 40.

<sup>512</sup> **MARTÍNEZ ABASCAL** y **DURÁN ROMASEWKYS**. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>513</sup> De todos modos conviene advertir, siguiendo con MATÍA PRIM, que “no me parece dudoso que la importancia recientemente atribuida al cambio laboral como instrumento para permitir el desarrollo económico y la competitividad de las empresas, posee, en ocasiones, algo de solución ‘mágica’, especialmente cuando se centra en él la totalidad de la solución”. **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>514</sup> Destacando la primacía de los condicionantes económicos de la empresa frente al mantenimiento de lo acordado originariamente en el contrato tras la reforma de 1994, *vid.* **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). La Ley, Madrid 1994, p. 119. Un breve pero interesante análisis de la progresiva influencia de “lo económico” sobre la regulación del contrato de trabajo en, **MONTOYA MELGAR**. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*. REDT n° 38, 1989, p. 57 y ss. *Vid.* también, **ALEMÁN PÁEZ**. *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?* RDS n° 17, 2002, p. 49.

dual”, ejercido por la crisis y la teórica empleabilidad (aunque debidamente reformulado y adaptado a las nuevas circunstancias). Confirmándose que el Derecho del Trabajo reiteradamente es el “gran sacrificado” en los momentos de dificultad económica<sup>515</sup>.

Y, en segundo lugar, y derivado de lo anterior, el fomento de una permanente tendencia al cambio, está configurando un modelo legal que tiende a la consecución de un objetivo que siempre podrá optimizarse<sup>516</sup>. Y, por ende, está describiendo una espiral de cambio constante. Por ello, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente<sup>517</sup>, a estas alturas de la exposición, quizás convendría plantearse si lo que verdaderamente necesitaba (o necesita) el sistema productivo español era (es) esencialmente una liberalización de los factores de producción y, concretamente, del factor trabajo, plasmada en una dispositivización del régimen jurídico del contrato de trabajo<sup>518</sup>. O bien, hubiera sido más conveniente estructurar la reforma a partir de un análisis de la eficiencia del sistema jurídico vigente y buscando la del que se pretende instaurar, en función de los objetivos socialmente más adecuados<sup>519</sup>. Repárese que,

---

<sup>515</sup> **ALEMÁN PÁEZ.** *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?*, op. cit., p. 49. Y, **CABRERA BAZÁN** se refiere a la existencia de un “chantaje histórico”. **CABRERA BAZÁN.** *Oportunidad y procedencia de la reforma del mercado laboral.* En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada, 1996, p. 75.

<sup>516</sup> Circunstancia especialmente presente en los ámbitos organizativos y técnicos. “En definitiva, resulta indudable desde una perspectiva atinente tan sólo a la competitividad y al beneficio empresarial que cualquier proceso de automatización, robotización o, en fin, racionalización de los medios de producción contribuyen genérica y abstractamente a la viabilidad empresarial, puesto que cualquier medida cuyo designio sea un mayor beneficio empresarial comporta, por definición, una mayor viabilidad; superior viabilidad que a su vez genera un mayor beneficio empresarial, ello en una espiral sin límite”. STSJ Cataluña 21 de febrero 1997 (AS 1826). *Vid.* también, SSTSJ La Rioja 1 de marzo 2005 (AS 650); y Canarias (Tenerife) 14 de abril y 1 de septiembre 2005 (AS 1155 y nº 751/2005). El cambio es evidente, pues, si durante los años 70 y 80, se quería hacer responsable al Derecho del Trabajo de la crisis económica y existía el convencimiento de la incompatibilidad de la rentabilidad de las empresas con el ordenamiento laboral; a partir de la reforma de 1994, se ha convertido en una herramienta imprescindible para alcanzar el interés empresarial a la competitividad y la productividad. Es decir, a partir de 1994, la regulación jurídica del contrato de trabajo, centrada en la superación de los problemas de la organización productiva y de la gestión de los recursos humanos en la empresa, redundaba en la competitividad de las empresas, en el saneamiento de la economía, y a la postre en la revitalización del empleo. **GARCÍA MURCIA.** *Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo.* En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996, p. 21. Cambio que, como se sabe, proclama la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, cuando afirma que lo que se trata es, en definitiva, “garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa” (nº 3). *Vid.* al respecto, **DURÉNDEZ SÁEZ.** *El despido objetivo por crisis.* En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo MONTOYA MELGAR en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad de Madrid, 1996, p. 156 a 158; y, extensamente, **SELLAS I BENVINGUT.** *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral.* Aranzadi, 2000, p. 55 y ss.

<sup>517</sup> *Vid.* al respecto *Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).*

<sup>518</sup> Especialmente, si se tiene en cuenta que pese a que la flexibilidad y la desregulación, son objetivos que se han anudado teleológicamente en las sucesivas reformas, erigidos en los vectores esenciales del nuevo espacio económico-productivo, el transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto que su virtualidad argumental debe ponerse en tela de juicio. **ALEMÁN PÁEZ.** *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?*, op. cit., p. 53.

<sup>519</sup> Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como recoge **DESDENTADO BONETE**, en el seno de la doctrina económica existen autores (**FINA SANGLAS**) que ponen en duda que el problema del desempleo tuviera fundamental o directamente su origen en los incrementos salariales y la rigidez del mercado de trabajo, sino que tales circunstancias tendrían sólo una responsabilidad limitada. **DESDENTADO BONETE.** *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., nota 39, p. 451. O, como apunta **GARCÍA MURCIA**, “cuesta trabajo aceptar que el marco legal y, en concreto, el marco jurídico-laboral, tenga una incidencia tan decisiva en el desenvolvimiento del

como advertía GARCÍA MURCIA<sup>520</sup>, los planteamientos de la reforma de 1994 provenían sustancialmente de la ciencia económica, desplazando el papel de los *iuslaboralistas*, y centrándose en la modificación del mercado de trabajo, entendido como un sistema de ajuste e intercambio entre trabajo y salario. Y, repárese también, que si tradicionalmente se había achacado al Derecho del Trabajo su excesivo carácter autónomo y autosuficiente, a partir de 1994, esta rama del ordenamiento jurídico queda inmersa en un contexto claramente económico. Observándose, sobre todo, una superación de la desconfianza que hasta la fecha las reformas anteriores proyectaban sobre el mercado como mecanismo para resolver los problemas del empleo. En el fondo, se intuye en la reforma una aceptación de que la mera regulación heterónoma obstaculiza la gestión del problema del desempleo y, concretamente, de la estabilidad en el empleo. Se tiende a la equivocada equiparación de los conceptos flexibilidad y desregulación<sup>521</sup>. Sin embargo, sin entrar a evaluar la idoneidad o no de la flexibilización de ciertas instituciones operada a partir de 1994, quizás hubiera sido más adecuado que, desde un postura estratégica de política legislativa y como planteamiento de partida, se hubiera tenido en cuenta que lo importante de una ley “no es sólo lo que pretende sino lo que consigue” (CALABRESI), y por ello, se hubiera valorado cuáles son los medios jurídicos más idóneos para conseguir un determinado objetivo social (que incluye, evidentemente, lo económico)<sup>522</sup>. Es decir, plantear la *desregulación* no como un objetivo en sí mismo, sino como un instrumento para alcanzar determinados propósitos. Sin duda, como se analizará en la *Segunda Parte*, la mera liberalización, es decir, la tendencia creciente a delegar en la autonomía de la voluntad o en el mercado, como método decisorio, la determinación de lo es más idóneo para la conservación del empleo (esto es, la gestión de los riesgos) no es sinónimo, *per se*, de eficiencia, ni mucho menos.

En cualquier caso, entendemos que la reforma de 1994 no puede calificarse como un giro gratuito hacia la desregulación, sino que desde un punto de vista conceptual todo el modelo gravita (sigue gravitando) sobre la voluntad de preservar el empleo. La cuestión es que

---

sistema económico como para erigirse en locomotoras o freno de la economía”. GARCÍA MURCIA. *Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo*, op. cit., p. 24.

<sup>520</sup> GARCÍA MURCIA. *Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo*, op. cit., p. 15, 16 y 21; ALEMÁN PÁEZ. *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?*, op. cit., p. 55 y 56; y CABRERA BAZÁN. *Oportunidad y procedencia de la reforma del mercado laboral*, op. cit., p. 80 y ss.

<sup>521</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La flexibilidad de la fuerza del trabajo y el Derecho del Trabajo español*. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 177.

<sup>522</sup> En este sentido, en 1998, MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS hablaban de la “presencia de un factor de ineficacia social en la nueva regulación del *despido* económico”. De este modo, “la inviabilidad de alcanzar, hasta el momento, la finalidad mediatamente perseguida por la reforma en orden a la creación y mantenimiento del empleo mediante la regulación adaptativamente flexibilizada del *despido* económico, pone de relieve el carácter inocuo de esta nueva disciplina a estos efectos, pues esa contribución no ha sido demostrada hasta el presente y es, probablemente indemostrable por inexistente” [la cursiva es nuestra]. MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, op. cit., p. 133.

a partir de esta fecha, se ha producido *un cambio en el modo de perseguir este objetivo*. Aspecto sobre el que incidiremos con mayor profundidad al analizar las denominadas como ‘causas de empresa’.

Sin duda, se trata de un planteamiento conceptual generador de nuevos riesgos y desajustes; pero que son el precio que debe pagarse en el contexto económico mundial disciplinado por la tan reiterada competitividad (repárese, por otra parte, que el modelo de protección del empleo del franquismo – especialmente, durante las primeras décadas - también iba aparejado de ciertos riesgos claramente perjudiciales, como fue aparición del subempleo).

En este contexto, a pesar de que la reforma de 1994 afecta a múltiples instituciones (por ejemplo, al régimen de 6 de las doce causas de extinción del contrato), sigue evidenciándose el intento del Legislador por dar respuesta a los desequilibrios contractuales motivados por una excesiva onerosidad y por articular un régimen de la extinción injustificada indemnizada que sea capaz, por un lado, de absorber los casos difícilmente reconducibles a aquella categoría dogmática y, por otro, de alcanzar un nivel de protección del empleo socialmente aceptado<sup>523</sup>. En cuanto al resto de institutos jurídicos destinados a la protección del empleo (nulidad parcial, tácita reconducción, subrogación de empresa<sup>524</sup>, etc.), no se aprecian apenas cambios (salvo en lo que se refiere al reconocimiento de nuevos supuestos suspensivos vinculados a la incapacidad temporal del trabajador)<sup>525</sup>.

Frente a esta inmovilidad, el intento de preservar el empleo a través de la continuidad de la actividad productiva sigue configurándose a través de una lógica secuencial similar a la precedente. No obstante, se quiere incardinar las alteraciones de lo pactado (especialmente, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo) en un contexto de “normalización”, facilitando una permanente adaptación al cambio – tal y como dictan los nuevos postulados económicos - (y posibilitando, consiguientemente, la continuidad), pero no sólo como medida de garantía para evitar el recurso a medidas más drásticas (que persiste), sino como una opción encorsetada en la gestión ordinaria de la organización productiva. La descripción (ciertamente deficiente) de los motivos que deben concurrir para poder modificar, suspender o extinguir el contrato es una muestra de este cambio (aunque, será precisa una nueva reforma en 1997 para

---

<sup>523</sup> “No es casualidad que de entre estas modalidades de extinción de la relación obligatoria las que han experimentado más radicales innovaciones son aquellas relacionadas con la organización y gestión de la empresa, susceptibles de agruparse en una causa común: la económica”. VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 399.

<sup>524</sup> Cuyo régimen será modificado en 2001, para adoptarlo a la normativa comunitaria, ampliándose el supuesto de hecho de la norma – añadiendo el actual apartado 2 (no obstante, la labor de los Tribunales – especialmente, los comunitarios – ha jugado un papel trascendental al respecto). Cambios que, por otra parte, responden a criterios también económicos y, más concretamente, a la nueva dinámica de organización del tejido productivo provocada por la descentralización productiva. *Vid. infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)..

<sup>525</sup> En concreto, la incapacidad permanente provisional (art. 48.2 TRET). Modificación operada a través de la Ley 42/1994, 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Y, recientemente, lo que la doctrina ha denominado (SEMPERE NAVARRO) “incapacidad permanente interina” - párrafo 2º art. 131. bis.2. TRLGSS (introducida por la Ley 30/2005).

acabar de dar el impulso que se pretendía en 1994) y el sustancial debilitamiento del papel de la Autoridad Laboral (en las modificaciones sustanciales y en ciertos supuestos resolutorios por causas de empresa) también<sup>526</sup>.

En lo que respecta al despido, sobre todo, se observa una clara voluntad de agilizar el procedimiento. Y, para ello, se procede a una modificación de los efectos jurídicos derivados de ciertos incumplimientos. En concreto, el incumplimiento de los requisitos formales ya no son calificados como nulos, sino improcedentes. También desaparece la declaración de nulidad de las resoluciones injustificadas realizadas durante la suspensión de la relación de trabajo. En cuanto al régimen de la prestación por equivalente, desaparece el tratamiento privilegiado relativo a la indemnización por despido improcedente dispensado a las empresas menores de 25 trabajadores. Por otra parte, a fin de reducir los salarios de tramitación (y, evitar la puesta en marcha de todo el aparato judicial), se admite la posibilidad de reconocer la improcedencia de la decisión extintiva en la conciliación previa<sup>527</sup>. Por lo demás, salvo la referencia a la nulidad vinculada a la violación de los derechos fundamentales que se analizará en el epígrafe que sigue, no se aprecian mayores cambios.

---

<sup>526</sup> Por otra parte, se mantiene un régimen privilegiado para determinadas empresas (en función de la dimensión de la plantilla), sobre el convencimiento (quizás, ya no válido) de su debilidad económica. En concreto, la responsabilidad empresarial objetiva por la resolución por excesiva onerosidad basada en causas de empresa en las empresas de menos de 25 trabajadores, se aminora el importe que debe satisfacer el empresario (en un 40% que asume el FOGASA). Por otra parte, como se sabe, a partir de 1997, para determinados contratos indefinidos se decide reducir el importe de la indemnización cuando la causa de empresa alegada no resulte acreditada (medida que, como se analizará, ciertamente criticable).

<sup>527</sup> Mecanismo que sufrirá una nueva simplificación en 2002 (Ley 45/2002).

#### ***4.- Recapitulación.***

El objeto del presente epígrafe se enmarca en la descripción del contenido del principio de estabilidad en el empleo; que, como se ha apuntado, una vez consolidado como objetivo jurídico-público preeminente en la II República, en las décadas posteriores ha tratado de dar respuesta a otro tipo de consideraciones. En concreto, en identificar qué riesgos amenazan a continuidad y que vale la pena evitar, con qué intensidad se quiere evitarlos y, en consonancia, qué instrumentos jurídicos son los más idóneos para alcanzar dichos objetivos. Conforme a estas premisas, el principio de estabilidad ha mostrado un cierto carácter dinámico, tratándose de adaptar a las mutaciones de las fuentes de inestabilidad que potencialmente pueden amenazar a la continuidad del contrato de trabajo. Nuestra hipótesis – recuérdese - es que la mayor parte de los cambios normativos acaecidos desde el estallido de la Guerra Civil han gravitado alrededor de una única tipología de riesgo, aunque ésta se ha manifestado de tres modos diferentes (o, de otro modo, ha mutado en tres ocasiones y la acción legislativa es una proyección de estos cambios). Y, para corroborar esta afirmación, hemos dividido la exposición en tres apartados, correspondientes a cada una de diferentes manifestaciones de dicho riesgo.

Pues bien, del análisis de estos tres períodos (franquismo, transición y primera etapa democrática y, por último, régimen jurídico a partir de 1994), podemos concluir que a lo largo de todo este tiempo, al igual que durante la II República, los esfuerzos del Legislador por preservar el empleo se han centrado preeminentemente en intentar neutralizar la inestabilidad contractual provocada por una excesiva onerosidad vinculada a las fluctuaciones del ciclo económico (por su especial capacidad destructora de empleo). Lo que integra, por un lado, la búsqueda de medidas anticrisis (concebidas originariamente como coyunturales, pero que asumirán carácter de permanencia, dada su prolongada vigencia en el tiempo); y, por otro, más recientemente, aquéllas que permanentemente posibiliten la adecuación de las organizaciones productivas a las exigencias de un mercado en constante evolución

Podemos afirmar, por tanto, que los cambios legislativos que se han producido durante todo este tiempo deben calificarse como una sucesión de intentos para hallar el mecanismo de protección del empleo más adecuado a la tipología del riesgo económico que amenazaba a la continuidad de los contratos de trabajo. En definitiva, describen distintos mecanismos preventivos para evitar un mismo riesgo. Lo que confirma el papel absolutamente medular de la II República en la conformación del principio de estabilidad en el empleo y la “escasa” capacidad creativa, desde un punto de vista de política legislativa, de las etapas posteriores que le han sucedido.

#### ***IV.- El principio de estabilidad en el empleo ante el reconocimiento de los derechos fundamentales.***

Durante la Transición, en la apertura del sistema jurídico hacia los principios y valores de una sociedad democrática, puede apreciarse la voluntad de proteger la continuidad en el empleo frente a ciertos riesgos que emergen con el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales (“censurados” durante la dictadura). Lo que, con la promulgación de la Constitución en 1978, quedará integrado como una manifestación más de las medidas de protección de los derechos fundamentales<sup>528</sup>.

Sin pretender hacer un desarrollo pormenorizado de los efectos jurídicos derivados de la integración de los derechos fundamentales en la configuración jurídica de las relaciones contractuales por cuenta ajena - por exceder del objeto de estudio - en las páginas que siguen, simplemente, se tratará de exponer el impacto que el reconocimiento de estos derechos ha tenido en la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo y, cómo ello ha propiciado nuevas acciones legislativas tratando de preservar la continuidad del empleo frente a los riesgos derivados de su protección.

Durante la Transición, se decide incrementar la protección del empleo frente a ciertas fuentes de inestabilidad *cualificadas*, particularmente reprobables en el nuevo contexto jurídico-político que se está gestando y previsiblemente frecuentes teniendo en cuenta la absoluta falta de cultura democrática de la que se proviene. Planteamiento que, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, marca un punto de inflexión por dos motivos: en primer lugar, porque, de algún modo, rompe la inercia legislativa iniciada en 1935 (salvo la LRL76), centrada (obsesivamente) – como se acaba de analizar - en el control de los factores económicos que desestabilizan la continuidad del contrato de trabajo. Y, en segundo lugar, porque sienta las bases para la prevención de otros fenómenos vinculados a la inestabilidad derivada del reconocimiento de los derechos fundamentales (conciliación de la vida familiar y laboral y la violencia de género).

De todos modos, conviene tener presente que el interés por la protección del empleo frente a determinadas agresiones de derechos fundamentales no es una novedad de la transición de la dictadura a la democracia. En efecto, el precedente remoto de esta lógica preventiva, así como de la respuesta legal, se encuentra en la II República y, precisamente, en circunstancias histórico-políticas similares a las existentes durante la Transición (después del

---

<sup>528</sup> Hasta el punto de que puede afirmarse que la estabilidad en el empleo queda relegada a un segundo plano, pues, lo que está en juego es el bien jurídico público y el respeto del Estado de Derecho y de los principios del ordenamiento jurídico español constitucionalmente proclamados.

“bienio radical-cedista” o “bienio negro”). En efecto, el Decreto 29 de febrero 1936<sup>529</sup> proclama la readmisión forzosa de los trabajadores que hayan sido despedidos por sus ideas, o con motivo de huelgas políticas<sup>530</sup>. Además, esta norma, de eficacia retroactiva<sup>531</sup>, prevé la obligación del empleador de indemnizar al trabajador entre 39 días y 6 meses de jornal, por el tiempo que estuvieron privados del ejercicio de su profesión. Posteriormente, frente a la resistencia de algunos patronos a cumplir el contenido del Derecho vigente, el Decreto 30 de abril 1936<sup>532</sup> dispone que el patrono que se niegue a readmitir es sancionado con una multa entre 25 y 100 pesetas, por cada obrero que no fuese readmitido y por cada día de retraso<sup>533</sup>. Normativa que, ante “la resistencia de las clases patronales a acatar las decisiones del Gobierno”, trata de “poner fin a tales rebeldías, adoptando medidas enérgicas que terminen de una vez con el estado de resistencia patronal contra las resoluciones gubernamentales, en las que se pone fin a los conflictos sociales planteados” (Exposición de Motivos). Junto con el abono de los jornales no percibidos, la Administración discrecionalmente podrá obligar al empleador al abono de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador, “que se fijará en cada caso, atendiendo a la naturaleza del conflicto, situación de los perceptores y perjuicios sufridos por los mismos”. La vigencia de la reforma es absolutamente fugaz dado que el 5 de diciembre 1936 se dicta la Ley de Sanciones<sup>534</sup>, estableciendo la *separación* de empleados públicos que hubieran contribuido “con una actuación política y social significada a que España llegara al estado de anarquía y barbarie aún padecidos por algunas provincias”<sup>535</sup>. Posteriormente, la Orden 27 de agosto 1937<sup>536</sup> extiende parcialmente esta regulación a las empresas particulares, aunque “no sean concesionarias de servicios públicos ni formen parte de Monopolios acordados por el Estado”<sup>537</sup>.

Al margen de este precedente remoto, antes de la promulgación de la Constitución de 1978, el cambio de orientación política (el tránsito a la democracia) que se está gestando es especialmente visible en el RDLRT<sup>77</sup>. De algún modo, se establecen ciertos derechos predemocráticos como condición indispensable para poder llevar a cabo con éxito el proceso

---

<sup>529</sup> Gaceta 1 de marzo.

<sup>530</sup> Normativa que modifica el Decreto 1 de noviembre de 1934 que, recuérdese, proclama la disolución de los contratos en caso huelga ilícita.

<sup>531</sup> Su ámbito de aplicación temporal se retrotrae hasta el 1 de enero de 1934.

<sup>532</sup> Gaceta 1 de mayo 1936.

<sup>533</sup> El importe de la sanción debe destinarse a abonar al obrero para pagar el salario y el resto “se le dará el destino que señalan las leyes”. Disposición modificada, al poco tiempo, por el Decreto 15 de junio de 1936 (Gaceta 16 de junio).

<sup>534</sup> BOE 9 de diciembre 1936.

<sup>535</sup> Las resoluciones que se dicten, previo “ligero expediente o exposición de hechos o circunstancias justificativas de la medida”, no pueden ser objeto de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 3).

<sup>536</sup> BOE 20 agosto 1937.

<sup>537</sup> Lo singular es que los Gerentes y Consejos de Administración de las empresas pueden resolver el contrato, alegando los motivos del art. 2 de la Orden 5 de diciembre, dando cuenta simplemente a las Autoridades de la Administración Central, sin posibilidad alguna de control jurisdiccional; y respondiendo personalmente de la falta de diligencia en el cumplimiento de la normativa.



de democratización de las relaciones de trabajo que está en curso<sup>538</sup>. Así, con el fin de normalizar el recurso a la huelga como acción colectiva, se declara la legitimidad de su ejercicio y se descalifica como causa resolutoria. Esta formulación se reitera con la interdicción de la discriminación como causa de despido (por razón de “raza, color, sexo, estado matrimonial, religión, opinión política u origen social”), así como por la pertenencia a una “asociación” sindical o por la presentación de quejas ante el empresario por incumplimiento de la normativa laboral. El hecho de que explícitamente se declare que todas estas circunstancias no constituyen un motivo suficiente para justificar la resolución del contrato, no hace más que describir las bases de un sistema de relaciones de trabajo predemocrático.

Con la promulgación del ET'80, pese a que se declaran determinados supuestos suspensivos vinculados al ejercicio de derechos fundamentales (arts. 9.2, 23.2, 24.2 y 28.1 y 2 CE) y se posibilita ciertas alteraciones contractuales en aras a la formación profesional (arts. 27 y 35 CE), desaparece toda mención relativa a los derechos fundamentales en la regulación de la extinción del contrato<sup>539</sup>, dibujando una respuesta normativa deficiente<sup>540</sup>. En tanto que las decisiones extintivas puedan estar encubriendo vulneraciones de derechos fundamentales, es claro que no se están previendo medidas para evitar esta fuente de inestabilidad contractual. Laguna que será debidamente completada por la jurisprudencia constitucional (STC nº 38, 23 de noviembre 1981<sup>541</sup>) instaurando la figura del *despido radicalmente nulo*, que, frente a la tratamiento procesal del despido nulo contenido en la TRLPL'80, se traduce en la inversión de la carga de la prueba y en la exigencia de la readmisión en sus propios términos<sup>542</sup>. Criterios posteriormente recogidos en la Ley de Procedimiento Laboral en 1990 y que culminará con la promulgación de la Ley 11/1994, al recogerse en una norma sustantiva. En efecto, la reforma de 1994 supuso la desaparición de la nulidad formal en supuestos de despidos disciplinarios (manteniéndose, como se sabe, con respecto a las resoluciones *ex art. 52 TRET* y los ceses colectivos no autorizados - arts. 122.2 y 124 TRLPL). La nulidad por razones de fondo se reserva, desde entonces, a las extinciones discriminatorias o contrarias a derechos fundamentales del trabajador. En cuanto a la dimensión procesal, siguiendo el criterio de la LPL'90, la calificación de nulidad se traduce en la ejecución de la sentencia en sus propios

---

<sup>538</sup> **BONDIA GARCÍA**. *Democracia, drets humans i societat civil*. En “Els drets humans al segle XXI: continuïtat i canvis (Dir. Bonet Pérez y Sánchez). Huygens. Barcelona, 2007, p. 311.

<sup>539</sup> Aunque los arts. 4.1.c) y 17 ET'80 declaran nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones por razón de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación a un sindicato y lengua dentro del Estado español

<sup>540</sup> Una crítica al respecto en, **BLASCO SEGURA**. *El despido nulo en el Derecho del Trabajo español*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 76.

<sup>541</sup> RTC 38. Criterio confirmado por la STC nº 24, 12 de mayo 1982 (RTC 24).

<sup>542</sup> Un análisis al respecto en, **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *El despido discriminatorio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983, p. 49 y ss.

términos, sin posible sustitución por indemnización (art. 280.1.b TRLPL), salvo imposibilidad acreditada de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada (art. 284 TRLPL).

Las posteriores reformas de los arts. 53 a 55 TRET (y de las correspondientes normas procesales) operadas en 1999<sup>543</sup>, 2003<sup>544</sup>, 2004<sup>545</sup> y 2007<sup>546</sup>, impulsadas - en parte - por las correspondientes Directivas Comunitarias, han ido dirigidas a incrementar la protección frente a determinadas conductas empresariales ejecutadas en determinadas situaciones y circunstancias de los trabajadores (vinculadas al ámbito de la conciliación familiar y laboral, de la violencia de género y de la igualdad efectiva mujeres y hombres), estableciendo un juego de presunciones, que se traduce en la circunscripción de la calificación jurídica posible al binomio procedencia – nulidad (descartándose la improcedencia). En definitiva, a través de la especificación de las circunstancias de riesgo, se ha producido un incremento sustancial de la protección del empleo.

Por otra parte, la intensidad con la que se protegen los derechos fundamentales, a raíz del impulso del TC (SSTC nº 94, 16 de octubre 1984<sup>547</sup>; y nº 166, 26 de septiembre 1988<sup>548</sup>) también se observa en la institución del desistimiento durante el período de prueba, pues, aunque no resulte indagable el motivo extintivo, si lo será cuando se observe una posible violación<sup>549</sup>. Finalmente, con el fin de incrementar los factores de disuasión y evitar potenciales agresiones a los derechos fundamentales, recientemente a partir de la LO 3/2007 (en adelante, LOI), siguiendo el criterio de la jurisprudencia, se ha recogido la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios, además de la indemnización legal que corresponda (art. 180 TRLPL).

Más allá de las cuestiones relativas al régimen del despido, la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales ha tenido como efecto derivado unas consecuencias de extraordinario alcance en la configuración del principio de estabilidad en el empleo. En efecto, como proyección de este celo protector, el ordenamiento jurídico laboral ha tratado de prevenir otro tipo de riesgos, manifestados en el desistimiento o el abandono del trabajador ante determinadas circunstancias (personales y familiares, especialmente, de las mujeres). Para evitar este fenómeno, de forma progresiva se ha ido enriqueciendo los derechos reconocidos a los trabajadores para alterar el contenido del contrato de trabajo de forma unilateral, con el fin de

---

<sup>543</sup> Ley 39/1999, 5 de noviembre (BOE 6 de noviembre), de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras.

<sup>544</sup> Ley 62/2003, 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

<sup>545</sup> LO 1/2004, 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), Medidas de protección integral contra la violencia de género. Norma que, no obstante, no afectó al contenido del art. 53 TRET (omisión superada en 2007).

<sup>546</sup> LO 3/2007, 22 de marzo (BOE 23 de marzo) para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres.

<sup>547</sup> RTC 94.

<sup>548</sup> RTC 166.

<sup>549</sup> *Vid.* al respecto, **PIQUERAS PIQUERAS**. *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*. Ibidem. Madrid, 1995, p. 18. Lo que ha llevado a la autora citada a mantener que el desistimiento ha dejado de ser un acto libre y sin causa, debiéndose defender la causalidad del mismo – y siguiendo la tesis de la concepción amplia del concepto de despido, sostiene que puede calificarse como tal (p. 29 y 32).

salvaguardar la continuidad del negocio jurídico frente a determinadas circunstancias heterogéneas que lo amenazaban (vinculadas al ámbito de la conciliación familiar y laboral, de la violencia de género y de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres). En este sentido, es importante tener en cuenta que en todas estas circunstancias el objetivo de la salvaguarda del empleo concurre con otros propósitos jurídico-públicos.

Las facultades de alteración reconocidas a los trabajadores, sin voluntad de exponerlas en su integridad en este instante (pues, serán objeto de análisis detallado con posterioridad)<sup>550</sup>, comprenden la posibilidad de modificar lo pactado, alterando ciertas condiciones (jornada, horario o centro de trabajo) en situaciones diversas (por lactancia, nacimiento de hijos prematuros, cuidado de familiares o por violencia de género), así como de suspender la relación de trabajo (maternidad<sup>551</sup>, paternidad, cuidado de familiares y por violencia de género).

De hecho, si empleamos las categorías conceptuales del art. 41 TRET, debemos afirmar que lo que estas disposiciones legales no hacen más que reconocer a los trabajadores una facultad de *modificación sustancial* del contenido del contrato. Aspecto de extraordinaria relevancia desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo y de su engarce constitucional. En efecto, desde un punto de vista dogmático, aunque existen supuestos conflictivos, puede afirmarse que se trata de circunstancias vinculadas a la excesiva onerosidad sobrevenida, pues, el trabajador se encuentra en situaciones en las que, ante determinadas situaciones familiares y personales, claramente tiene que “dar demasiado para obtener demasiado poco”. El reconocimiento de unas facultades de alteración unilateral al trabajador, además, tiene una repercusión conceptual de indudable relevancia. Como se ha avanzado y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante<sup>552</sup>, el hecho de que pueda sustraerse de los límites de lo acordado (actuando al margen del contrato), significa que se le está reconociendo una facultad de alteración idéntica a las que ostenta el empresario (aunque en situaciones y contextos diversos). En consecuencia, si tienen la misma naturaleza, impide que, en coherencia, pueda entenderse que el fundamento de las facultades de alteración del empresario radique en el art. 38 CE. Debiéndose reconducir al ámbito del art. 35 CE y a la estabilidad en el empleo.

---

<sup>550</sup> Cuyo reconocimiento normativo ha sido lento (comienza con el art. 25.6 LRL'76, los apartados 4 y 5 del art. 37 ET'80; y sigue con las reformas operadas por la Ley 3/1989, 3 de marzo, BOE 8 de marzo; la Ley 39/1999; la LO 1/2004; y, finalmente, la LOI).

<sup>551</sup> Tal y como se tratará de exponer más adelante, conviene advertir que, salvo el período puerperal obligatorio (seis semanas) en el caso de maternidad biológica, calificable como un supuesto suspensivo por imposibilidad objetiva transitoria, el resto del período puede calificarse como un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

<sup>552</sup> *Vid.* al respecto *Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte)*.



### ***C.- Recapitulación.***

Uno de los objetivos que nos habíamos propuesto en este *Capítulo III* era tratar de averiguar si en el Derecho del Trabajo español la estabilidad en el empleo opera como un “principio jurídico”, pero también, queríamos saber cuál es su contenido o concepción y, en definitiva, cuál es su alcance en el actual ordenamiento jurídico-laboral.

Del análisis desarrollado podemos concluir que la estabilidad en el empleo es un principio (ágrafo) constitucionalmente amparado por el art. 35 CE, que vertebra el Derecho del Trabajo español y que en tanto que prioridad jurídico-pública, lidera la elaboración de nuevas normas jurídico-laborales (o su reforma), contribuye a su interpretación y juega un papel fundamental en la integración del ordenamiento jurídico laboral y en el contexto doctrinal.

Desde un punto de vista conceptual se identifica con el interés jurídico-público por la salvaguarda de la supervivencia biológica del trabajador y de su familia a través del mantenimiento del contrato de trabajo, como un medio para garantizar la paz social. Planteamiento que queda definitivamente ‘apuntalado’ en 1931, al superarse definitivamente los postulados liberales, centrados en preservar la libertad individual, la autonomía de la voluntad y la estabilidad contractual. La consagración del principio de estabilidad en el empleo en 1931 es, sin duda, una forma de pacto social dirigido a paliar los problemas que el desarrollo económico planteaba a la reproducción y conservación de la clase obrera industrial, pero sin alterar sustancialmente la lógica del mercado. Desde esta fecha, una vez asumido este nuevo paradigma en la configuración de las relaciones de trabajo y del papel que debe jugar el Estado para su protección (aunque sin renunciar por completo a los planteamientos conceptuales decimonónicos), el ordenamiento jurídico laboral se *ha limitado* a tratar de dar respuesta a los múltiples y heterogéneos riesgos que podían amenazar a la continuidad del negocio jurídico y con ella a la estabilidad social. Circunstancia especialmente relevante, por cuanto que posibilita la especificación del significado de este principio y, paralelamente, ilustra su carácter dinámico.

Las fuentes de inestabilidad que ha tratado de “controlar” el Derecho del Trabajo a lo largo de la Historia pueden agruparse en tres grandes categorías: las que, atendiendo a la naturaleza del contrato de trabajo, han tratado de evitar las circunstancias que amenazan a la *estabilidad contractual* (entendida en su concepción liberal); las que tienen su origen en factores de orden económico y las derivadas del reconocimiento de los derechos fundamentales. Siendo estas dos últimas las que han centrado la mayor parte del interés del Legislador, probablemente, por el carácter dinámico (mutante) del riesgo, por las dificultades técnico-legislativas para hallar

una formulación positiva adecuada y por la progresiva madurez de la sociedad española<sup>553</sup>. Sin que en este sentido, no puede afirmarse que exista una diferencia sustancial entre la legislación republicana y el régimen jurídico actual. Salvo que, en la actualidad, fruto de la evolución de la legislación laboral, se ha procedido a un perfeccionamiento en la delimitación, concreción o identificación de los riesgos que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo.

En suma, por tanto, puede afirmarse que la “idea” de la estabilidad en el empleo, como *principio vertebrador del Derecho del Trabajo* (y manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico), no está muerta en el ordenamiento jurídico español, sino que, como atestiguan las últimas reformas legislativas, se encuentra en plena fase expansiva.

A partir de este momento, la cuestión que trataremos de abordar en las páginas que siguen será la relativa a la intensidad con la que el ordenamiento jurídico español trata de neutralizar los fuentes de inestabilidad que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo. Objetivo que trataremos de alcanzar a partir del estudio de las instituciones jurídico-positivas que efectivamente persiguen dicho propósito.

---

<sup>553</sup> Como afirma PALOMEQUE LÓPEZ, en 1984, “la crisis económica es una noción que ha acompañado al Derecho del Trabajo (...), al menos de forma intermitente, a lo largo de su todavía corta andadura histórica”. Y, además, “la crisis económica ha ejercido siempre su influencia en el cuadro institucional del Derecho del Trabajo, y no sólo, es claro, durante el último decenio. La aportación institucional de la crisis al Derecho del Trabajo en España, visible ya cuando menos durante la conmoción económica de los años 30, se centra muy especialmente en una parcela principal del ámbito del contrato de trabajo. Tal es lo que puede llamarse vicisitudes del contrato de trabajo de la crisis o, con terminología que ha acabado por imponerse, regulación de empleo”. PALOMEQUE LÓPEZ. *Crisis económica y regulación de empleo*, op. cit., p. 248 y 250.

#### **CAPÍTULO IV.- LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRET Y, EN ESPECIAL, LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO ÚLTIMA FRONTERA DE LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.**

En el ordenamiento jurídico laboral los institutos jurídicos que promueven la conservación del contrato de trabajo son los siguientes: la nulidad parcial (art. 9.1 TRET); la limitación del período de prueba (art. 14 TRET); el *ius variandi* (art. 39.2 TRET); la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 23, 37, apartados 4 a 7, 40 y 41 TRET y art. 26.1, 2 y 4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales – en adelante, LPRL); la continuidad del empleo en caso de transmisión de empresa (art. 44 TRET); la suspensión de la relación de trabajo (arts. 45 a 48.bis TRET y art. 26.3 y 4 LPRL); la tácita reconducción (art. 49.1.c TRET); las diversas modalidades de resolución del contrato por imposibilidad objetiva, incumplimiento imputable y excesiva onerosidad (arts. 49 a 56 TRET); la limitación del desistimiento durante el período de prueba (art. 14 TRET); y, finalmente, la extinción de la personalidad jurídica del empresario - en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, *ex* art. 38 CE (arts. 49.1.g y 51.1.3º TRET). Régimen que debe completarse con la posibilidad de modificar, suspender y extinguir los contratos de trabajo conforme a la legislación concursal (art. 64 Ley Concursal – en adelante, LC).

Teniendo en cuenta su número (y reciente expansión) es claro (como se ha tratado de demostrar anteriormente) que el *principio de estabilidad en el empleo* sigue ostentando un papel vertebrador fundamental en el actual Derecho del Trabajo. Todos estos institutos tienden a proteger al empleo frente a determinadas fuentes de inestabilidad que pueden amenazar su vigencia. Y, en su conjunto, podemos afirmar que delimitan el nivel de estabilidad en el empleo que la sociedad española está dispuesta a asumir.

Una vez analizado el carácter vertebrador de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español (como principio jurídico), en el presente *Capítulo IV* trataremos de abordar la cuestión relativa a la *intensidad* con la que se quiere evitar el riesgo a perder el empleo. Esto es, hasta qué punto la sociedad española quiere preservarlo, o bien, qué precio está dispuesta a pagar para alcanzarlo.

Pues bien, para alcanzar este propósito, es imprescindible que seamos capaces de describir la matriz conservacionista y para ello debemos integrar todos los vectores que la conforman. Esto es, para averiguar (si es que es averiguable) el vigor proteccionista del empleo de nuestro Derecho, debemos tratar de dibujar un “*mapa*” con todos los elementos jurídico-positivos (de cada uno de los institutos anunciados) que efectivamente lo persiguen. Para

alcanzar con éxito este propósito, debemos hacer tres consideraciones de carácter metodológico.

En primer lugar, sólo trataremos de identificar aquellos aspectos o parámetros jurídicos que evitan, postergan o restringen la extinción anticipada del contrato de trabajo (descartándose, por consiguiente - por exceder del objeto de este estudio -, el estudio pormenorizado de cada una de las instituciones “vinculadas” a la estabilidad).

En segundo lugar, en tanto que aspiramos a “cuantificar” la intensidad con la que se persigue la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español o, para ser más precisos (y realistas), a aproximarnos a los parámetros que posibilitarían, en cierta medida, su evaluación, debemos prestar especial atención a los factores que, de forma cualificada, contribuyen decisivamente en la fijación del nivel de conservación que se pretende alcanzar. Y, en este sentido, las diversas manifestaciones de ineficacia del contrato de trabajo por resolución juegan un papel esencial, erigiéndose en el elemento medular o icónico de la preservación del empleo. Pues, no dejan de ser el último estadio antes de la no continuidad (la *última frontera*). Lo interesante del caso es que en el sistema jurídico español, la resolución del contrato por motivos inimputables del empresario acarrea una responsabilidad empresarial que, sin duda, repercute en el nivel de estabilidad en el empleo. Y, por otra parte, en la resolución injustificada se admite (salvo puntuales excepciones) la posibilidad de cumplir por equivalente. El hecho de que la estabilidad esté subordinada a la decisión individual del empresario (salvo en los casos de imposibilidad objetiva) y, en último término, al *coste de oportunidad* de la decisión de resolver el contrato, desvela una dimensión de la estabilidad en el empleo indiscutiblemente relevante y que exige su estudio en profundidad. Pues, sólo así, se estará en condiciones de averiguar el *grado efectivo* con la que se protege la continuidad del contrato de trabajo. En este escenario, el *aparato analítico de la economía* puede sernos de mucha utilidad, ofreciéndonos una valiosa información, pues, puede ayudarnos a dilucidar cómo van a reaccionar los ciudadanos frente al contenido de la norma y, por consiguiente, predecir su comportamiento; y, en virtud de todo ello, puede contribuir a la creación de normas que, en función del nivel de estabilidad que se quiera alcanzar, incentiven los comportamientos socialmente deseados y disuadan los que tienen una mayor reprobación social. En definitiva, puede ayudarnos a buscar el sistema más adecuado para prevenir el riesgo de la pérdida del empleo. No obstante, para poder abordar adecuadamente este “nuevo” espacio analítico (que se desarrollará en la *Segunda Parte* de este estudio), y a fin de ser rigurosos con la metodología de análisis, es absolutamente imprescindible realizar un estudio exhaustivo de las diversas manifestaciones de la resolución del contrato, *desde la perspectiva de la dogmática jurídica*. Como ya se ha expuesto al describir el planteamiento de este estudio, la conjunción de lo Económico con el Derecho tiene como *premisa metodológica fundamental* la salvaguarda de la naturaleza de la norma y no su evaluación con



criterios y postulados estrictamente económicos. Es decir, debemos partir de la independencia y prelación del enfoque dogmático del derecho respecto del enfoque económico (COSSÍO DÍAZ). Posicionamiento que se justifica porque sólo mediante el uso de la dogmática es posible la adecuada formulación de los significados de las normas, y éstos constituyen los supuestos de las hipótesis que permitan un análisis de tipo económico. Lo que, dada la importancia de la resolución del contrato en la configuración de la estabilidad en el empleo, queda completamente justificado su estudio en un apartado separado.

Y, la tercera consideración metodológica que queremos apuntar es que, a nadie se le escapa que las instituciones que promueven la estabilidad en el empleo tienen una naturaleza jurídica muy heterogénea. Pues bien, si queremos ser coherentes con nuestro objetivo de conocer el vigor con el que se quieren neutralizar los riesgos que amenazan la vigencia del contrato, debemos tratar de hallar una construcción conceptual y analítica que nos permita ubicar cada uno de los elementos jurídico-positivos que promueven la estabilidad en un único plano expositivo. Sólo así estaremos en condiciones de obtener una visión de conjunto (y, por supuesto, de realizar una labor comparativa y cuantitativa). Para ello – entendemos –, es absolutamente imprescindible que *tratemos*, parafraseando a SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>1</sup>, de reducir a una unidad sistemática las diversas hipótesis pensables de promoción de la estabilidad en el empleo. Tarea extraordinariamente útil, pues, en tanto que facilitará un análisis más ordenado, nos permitirá describir con claridad los vectores a partir de los cuales se construye el universo de la estabilidad en el empleo. Además, esta labor sistematizadora nos permitirá comparar con mayor facilidad la evolución del régimen jurídico de la estabilidad en el empleo en espacios de tiempo diferenciados (posibilitando el conocimiento de su “estado de salud”). Pero no sólo eso, pues, nos desvelará una circunstancia absolutamente trascendente, esto es: si podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico español existe un ‘*sistema*’ *normativo de protección de la continuidad del empleo*. Si el modelo jurídico vigente es la respuesta a una idea preconcebida del nivel de riesgo que la sociedad española está dispuesta a asumir. Esto es, si ordenada y racionalmente contribuyen a un determinado objetivo. Pero para ello es necesario que con carácter previo describamos los *descriptores* que nos permitirán relacionar cada elemento conservacionista para, así, poder ordenarlo.

Desde esta perspectiva, se evidencia la necesidad de que esta última cuestión monopolice la primera parte este *Capítulo IV (Apartado A)*. Una vez descrito el marco conceptual que dibuja nuestro esqueleto sistemático, se procederá a la identificación de los factores de cada una de las instituciones positivas enumeradas que efectivamente persiguen la estabilidad, prestando especial interés en los supuestos de ineficacia contractual (*Apartados B y C*).

---

<sup>1</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 4.

Estudio que, en principio – como se ha anunciado -, debería permitirnos evaluar la intensidad con la que se protege la conservación del contrato de trabajo y, en paralelo, averiguar si existe un *sistema* de protección del empleo. Las líneas que siguen tratarán de dar respuesta a estas hipótesis.

#### ***A.- Parámetros para una propuesta sistematizadora de los institutos que promueven la estabilidad en el empleo.***

La vigencia del contrato está sometida a una multiplicidad de hechos sobrevenidos que potencialmente pueden amenazarla. Frente a estos factores de riesgo, el ordenamiento jurídico-laboral español ha centrado gran parte de sus esfuerzos en tratar de evitar que dicho negocio jurídico deje de producir efectos. Y para evaluar la medida de este esfuerzo, como se ha expuesto, es absolutamente imprescindible que intentemos exponer de un modo ordenado y racional los diversos elementos existentes que tienen por objetivo neutralizar el riesgo a que el trabajador pierda su empleo.

Pues bien, entendemos que las instituciones positivizadas que promueven la estabilidad en el empleo pueden categorizarse en base a tres categorías de descriptores analíticos: primero, la conceptualización jurídica (fundamentación dogmática) del *impacto* del hecho sobrevenido sobre la vigencia del contrato; segundo, el *instrumento* que permite la *alteración de lo pactado*, con el fin de superar el desequilibrio contractual motivado por el hecho sobrevenido; y, tercero, un factor subjetivo (si es “referenciable” al trabajador o al empresario).

Sin necesidad de prestar atención al último factor descrito, por razones obvias, en las páginas que siguen procederemos de lo general a lo particular, analizando pormenorizadamente los conceptos integrantes de cada una de estas categorías de descriptores sistematizadores y, sobre todo, trataremos de justificar lo acertado de su elección.

#### ***I.- Fundamentación dogmática de las vicisitudes contractuales derivadas de la alteración sobrevenida de las circunstancias.***

Tomando las palabras de RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN, “la correcta configuración dogmática de cualquier concepto jurídico es un dato clave para la posterior elaboración – también correcta – de cualquier razonamiento o argumentación, por un lado, y

para la propuesta de soluciones concretas adecuadas a los fines perseguidos por la norma y por el sistema en que dicha norma se inserta”<sup>2</sup>.

Acudiendo a la lógica del Derecho común, el fundamento dogmático de las vicisitudes que pueden afectar al contrato de trabajo pueden reconducirse a tres: incumplimiento contractual imputable (1.-), excesiva onerosidad (2.-) e imposibilidad objetiva (3.-). A pesar de que estas categorías provocan la ineficacia sobrevenida del contrato, en el ámbito del Derecho del Trabajo, y por efecto del principio de estabilidad en el empleo (o de continuidad del negocio jurídico) pueden posibilitar, según el caso y en determinadas circunstancias, su continuidad. Además, en tanto que existen determinadas instituciones que no pueden adscribirse a ninguno de estos planteamientos, deben añadirse dos categorías más: los supuestos que la continuidad del contrato de trabajo es fruto de una norma heterónoma de carácter imperativo (4.-); y los supuestos basados en la libertad de empresa, *ex art. 38 CE* – referidas al cese de la actividad empresarial (5.-).

Frente al incumplimiento culpable y la imposibilidad objetiva, el conflicto doctrinal, como es bien sabido, se ha centrado en hallar una explicación dogmática a la posibilidad legal de alterar sobrevenidamente lo pactado, más allá de los parámetros que dibujan ambos supuestos de ineficacia contractual. Pues bien, pese a las objeciones vertidas, la excesiva onerosidad es la teoría que ofrece una explicación más acorde con la lógica del contrato de trabajo. Sin perjuicio de las deficiencias que se le achacan, a las que aludiremos y trataremos de rebatir más adelante, entendemos que, no sólo puede afirmarse la vigencia de esta tesis desde 1931, momento en el que se reconoce esta posibilidad por primera vez en el Derecho del Trabajo español, sino que, es precisamente a partir de la reforma de 1994 que esta teoría tiene pleno reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral<sup>3</sup>.

Corroboración esta tesis el hecho de que “el divorcio vincular entre el Derecho del Trabajo y el Derecho civil está hoy en vías de revisión”, por lo que, a partir del nuevo replanteamiento del papel de la autonomía contractual en el Derecho del Trabajo, debe advertirse que “se asigna al contrato, no sólo una función constitutiva, sino también una función reguladora y, sobre

---

<sup>2</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal, op. cit., p. 97.*

<sup>3</sup> De todos modos, debe tenerse presente, como sostiene SUÁREZ GONZÁLEZ, que los “cambios legislativos de los últimos sesenta o setenta años afectan al tratamiento del problema, pero no a su esencia, no a su naturaleza jurídica”. **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos.* AL nº 15, 2003 (versión digital). Y, **MONTOYA MELGAR,** analizando la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, afirma que “no puede ignorarse que hay un hilo conductor permanente en la Ley en cuanto a la admisión de unas causas económicas (en sentido amplio) que inciden sobre ese contrato y el reconocimiento de unos remedios permitidos por la Ley para hacerles frente. Lógicamente, esa continuidad en la actitud del legislador es compatible con el hecho de que el sentido de tales causas y remedios haya experimentado cambios a lo largo del tiempo. Lo sustancial de la concepción, sin embargo permanece”. **MONTOYA MELGAR.** *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo), op. cit., p. 57.*

todo, administradora en el desarrollo del contrato, al encontrar los poderes empresariales un fundamento contractual”<sup>4</sup>.

A continuación, se analizan separadamente cada una de estas categorías conceptuales que fundamentan la subversión de lo inicialmente pactado, en aras a la salvaguarda de la continuidad del contrato de trabajo, para, posteriormente, analizar su proyección positiva en el ordenamiento jurídico español.

### ***1.- El incumplimiento contractual imputable: concepción restrictiva de un motivo de ineficacia contractual y la estabilidad en el empleo.***

El incumplimiento grave y culpable constituye un supuesto de ineficacia contractual sobrevenida (ALONSO GARCÍA y SUÁREZ GONZÁLEZ)<sup>5</sup>. Y, por consiguiente, es un medio a través del cual se pone fin al contrato de trabajo. El interés de la resolución contractual por incumplimiento grave y culpable desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, reside fundamentalmente en la *concepción restrictiva del concepto de incumplimiento imputable*. Planteamiento que, pese a tener un origen en el Derecho común, ha sido plenamente asumido por el Derecho del Trabajo. No obstante, esta cuestión ha sido escasamente analizada por la doctrina y la jurisprudencia laboral, debiéndose acudir a las aportaciones de los órganos jurisdiccionales y la doctrina civiles. Siguiendo con FERNÁNDEZ URZAINQUI, una valoración global de la jurisprudencia (civil) relativa al incumplimiento resolutorio “revela una marcada tendencia a la conservación del negocio”. Hasta el punto de que, “el mantenimiento de su vigencia, ante incumplimientos de escaso relieve que no alcanzan a impedir la utilidad perseguida con su conclusión, ha llevado sin embargo al alto Tribunal a proclamar como máxima la excepcionalidad de la resolución y a extremar de tal manera el rigor en la determinación de los requisitos exigibles para la apreciación del incumplimiento resolutorio, que difícilmente cabe estimar concurrentes en un concreto incumplimiento todas las características que de aquél han ido predicándose”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil*. RL 1996 - II, p. 64 y 65.

<sup>5</sup> Debiéndose descartar, por tanto, los planteamientos que califican al despido como una sanción disciplinaria. Defendiendo esta tesis, entre otros, CASTRO ARGÜELLES. *Reincidencia en faltas graves como causa de despido disciplinario*. ASoc nº 9, 2003, versión digital (BIB 2003\986). *Vid.* al respecto extensamente *infra*, Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*. Aranzadi Civil 1997, versión digital (BIB 1997\62). Como afirma el citado autor “Elocuente resulta el número de epítetos que al incumplimiento ha añadido la jurisprudencia para reconocerle eficacia resolutoria. De él se ha dicho que ha de ser verdadero, total, absoluto, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco, injustificado... por hacer abstracción de las exigencias que acompañan a la voluntad deliberadamente rebelde u obstativa al cumplimiento que según la misma jurisprudencia ha de presidirlo. Su exigencia ha sido con frecuencia utilizada para evitar resoluciones injustas o basadas en retrasos sin importancia; pero con ella se ha hecho del propósito y actitud

Esta interpretación restrictiva de la facultad resolutoria se manifiesta en la exigencia de diversas condiciones para la correcta aplicación de la facultad resolutoria. Presupuestos que han sido formulados por la jurisprudencia del siguiente modo<sup>7</sup>: a) Existencia de un vínculo contractual vigente; b) Reciprocidad de las prestaciones; c) Que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbe y de forma injustificada, lo que comporta que no basta una infracción mínima o un cumplimiento defectuoso o tardío<sup>8</sup>, y que es ineludible que la infracción afecta a obligaciones principales y no a las simplemente accesorias y secundarias<sup>9</sup>; y d) Que quien ejercita la acción no haya incumplido a su vez las obligaciones que le concernían, salvo que el incumplimiento sea consecuencia del anterior incumplimiento del otro contratante, pues la conducta del que incumple primero es la que motiva el derecho de resolución, habiéndose añadido el principio de la interpretación restrictiva de las causas resolutorias en aras del mantenimiento del vínculo contractual. Respecto de este último aspecto, para que pueda apreciarse la existencia de un incumplimiento, y por consiguiente, la ineficacia sobrevenida del contrato, debe apreciarse un alejamiento del “programa de prestación” (HECK), esto es, que una de las partes no ajuste “su comportamiento a las previsiones establecidas en el acto o negocio jurídico de constitución de la relación obligatoria”<sup>10</sup>. No se trata, en definitiva, de “una conducta más o menos incumplidora, sino de una deliberada rebeldía y obstinación al cumplimiento de la obligación, de una conducta intencionada y maliciosa frente al mismo”<sup>11</sup> (no bastando, por tanto, lo que la doctrina califica como un “incumplimiento propio”)<sup>12</sup>. Aunque, alternativamente, también se ha venido a exigir del deudor una conducta o actitud obstativa que definitivamente impida el cumplimiento<sup>13</sup>. La

---

del deudor un requisito positivo del incumplimiento resolutorio cuya relevancia a los efectos de la resolución no siempre aparece justificada”.

<sup>7</sup> Entre otras, STS 30 de enero 2007 (RJ 1785). En la doctrina laboral, *vid.* al respecto, **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 50 a 52.

<sup>8</sup> La jurisprudencia civil distingue el incumplimiento resolutorio (al que califica como “verdadero y propio”), del defectuoso o tardío. **FERNÁNDEZ URZAINQUI**. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>9</sup> Según la STS 10 de mayo 1989 (RJ 3680) “se ha rechazado la acción resolutoria en Sentencias, entre otras, de 5 de enero de 1935 (Ar. 198) y 5 de mayo de 1953 (Ar. 1630), al declarar que el art. 1124 del Código Civil ha de ser interpretado no de manera automática, sino en sentido racional, lógico y moral, de forma que no basta una infracción mínima, sino que requiere que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado, y no entra en juego cuando se trate de obligaciones que estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen mero carácter accesorio o complementario, con relación a aquellas prestaciones o contraprestaciones que constituyen el objeto principal del pleito”. En términos similares, entre otras, STS 21 de septiembre 1990 (RJ 6899)

<sup>10</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 15 y 17.

<sup>11</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>12</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 52: “se requiere una incidencia de una ‘voluntad deliberadamente rebelde en su falta de acatamiento a los vínculos establecidos’, un incumplimiento cualificado por los atributos de deliberado y rebelde, que supone una contumaz conducta del particular cuya concurrencia se precisa para el desencadenamiento de la acción resolutoria”.

<sup>13</sup> **FERNÁNDEZ URZAINQUI**. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op. cit.* (versión digital). En este sentido, la SAP Orense 5 de noviembre 2003 (JUR 2004\16200) exige una “voluntad rebelde y declarada de incumplidor, en el acusado” añadiendo que “el principio de equidad a que responde este artículo (se refiere al art. 1124 CC) revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto de los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se

referencia al “incumplimiento deliberadamente rebelde”, ha sido una exigencia reclamada por la jurisprudencia (civil) - acusadamente a partir de los años cuarenta - “más que para justificar la procedencia de la resolución contractual pretendida, para fundar su improcedencia, ante supuestos en que el cumplimiento de la prestación debida, aunque tardío, es todavía posible y útil al acreedor, apareciendo la extinción del contrato como una medida desproporcionada y contraria a la equidad”<sup>14</sup>.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que esta postura del Tribunal Supremo, que se identifica con la exigencia de una actitud dolosa, ha quedado desplazada (sin que haya prescindido por completo de ella<sup>15</sup>), y en su lugar se ha optado por dar relevancia a la “frustración del fin del contrato o de las legítimas expectativas de las partes”<sup>16</sup>. Procediéndose a una flexibilización del sentido de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, evitándose, así, “un juicio de valor sobre la actitud dolosa del deudor, con la consiguiente dosis de arbitrio judicial que el mismo comportaba”<sup>17</sup>. En cuanto al sentido y alcance de la expresión “frustración del fin del contrato”, lo cierto es que se suscitan numerosas dudas. Para FERNÁNDEZ URZAINQUI, el análisis de la jurisprudencia “permite estimar comprendida en la expresión ‘fin del contrato’, desde luego la causa subjetiva del negocio, constituida por la finalidad, común a ambas partes o particular de una de ellas pero conocida por la otra y elevada por ambas a presupuesto determinante e impulsor de su celebración; pero también la causa objetiva, integrada por la finalidad genérica, típica o abstracta del contrato de que se trata, e incluso la causa de la obligación determinada por la contraprestación debida”<sup>18</sup>. Planteamientos que, como se analizará en el epígrafe que sigue, a nuestro entender, aproximan esta categoría conceptual a la de la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>19</sup>.

---

patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida (SSTS 9 de julio 1941, Ar. 905; 28 de enero 1943, Ar. 121; 10 de marzo 1949, Ar. 1950\536; 9 de marzo 1950, Ar. 374; 4 de noviembre 1958, Ar. 3432; 2 de enero 1961, Ar. 880)”.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, op. cit. (versión digital).

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, op. cit. (versión digital). De hecho se entiende que se ha convertido en una “postura minoritaria y excepcional”. JIMÉNEZ LINARES. *Resolución por incumplimiento de contratos de permuta de solar por obra futura*. Aranzadi Civil nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1370).

<sup>16</sup> GESTO ALONSO. *La venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio y el procedimiento de suspensión de pagos: derechos del vendedor*. Aranzadi Civil nº 9, 2000, versión digital (BIB 2000\653); y JIMÉNEZ LINARES. *Resolución por incumplimiento de contratos de permuta de solar por obra futura*, op. cit. (versión digital). Como recoge la última autora citada, “la voluntad de incumplir puede revelarse por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS 10 de marzo 1983, RJ 1467), sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión ‘voluntad deliberadamente rebelde’, que sería tanto como exigir dolo (STS 18 de noviembre 1983, RJ 6488); bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SSTS 31 de mayo 1985, RJ 2837; y 13 de noviembre 1985, RJ 5607)”.

<sup>17</sup> BLANDINO GARRIDO. *El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento*. Revista de Derecho Patrimonial nº 4, 2000, versión digital (BIB 2000\670). En términos similares, FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, op. cit. (versión digital).

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, op. cit. (versión digital).

<sup>19</sup> Especialmente si se entiende que el término “frustración”, se refiere a “la privación o pérdida de lo que se espera”, pues, se perfecciona “no sólo por la imposibilidad de su consecución, sino también por su sobrevenida inutilidad, lo que sucederá cuando la prestación pendiente de ejecución no alcance ya a satisfacer el interés del

Por otra parte, debe tenerse en consideración que la exigencia de una “causa” o “motivo” para resolver el contrato marca la frontera entre el ejercicio legítimo de una facultad contractual y su ejercicio ilícito; y, por consiguiente, delimita, o bien, la ineficacia sobrevenida del contrato, o bien, *posibilita* (que no garantiza, en todos los casos) su continuidad. Además, se exige su canalización a través del procedimiento legalmente previsto (exigiéndose una *procedimentalización*). A fin de dar seguridad al mercado de trabajo, el incumplimiento no extingue, por sí solo, el contrato; sino que es un presupuesto de hecho para la licitud de la resolución. De tal modo que para que el incumplimiento tenga efectos jurídicos las partes deben ejercer la facultad resolutoria que tienen atribuida, siguiendo los cauces y cumplimentando los condicionantes legalmente previstos; sin los cuales el contrato de trabajo no puede resolverse.

En definitiva, todos estos elementos son los que, precisamente, erigen al régimen jurídico de la resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable en una de las principales manifestaciones del principio de estabilidad en el empleo<sup>20</sup>.

---

acreedor”. **FERNÁNDEZ URZAINQUI**. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op. cit.* (versión digital). De hecho, así parece entenderlo el autor citado que – siguiendo los planteamientos de ESPERT SANZ – sostiene que “Y es que, en rigor, ‘la frustración del fin del contrato’ constituye un supuesto resolutorio autónomo, distinto del incumplimiento derivado de la inexecución de la prestación debida, que justifica la extinción del vínculo contractual ante eventos que, aun acaecidos fuera del campo de actuación y de control de los contratantes, convierten el contrato, por la propia finalidad a que respondió su celebración, en algo carente de interés e inútil para una de las partes. Sucede que, como ha advertido ESPERT SANZ, el Tribunal Supremo viene hablando de la ‘frustración del fin del contrato’, aplicando los artículos 1124 y 1504 del Código Civil, en supuestos de insatisfacción de una de las partes contratantes causada por el incumplimiento de la prestación debida por la otra, que propiamente no constituyen ‘frustración del fin del contrato’”.

<sup>20</sup> Respecto de esta categoría dogmática no podemos dejar de hacer referencia a los supuestos de suspensión de la relación de trabajo por huelga y por ejercicio de cargo público o sindical, pues, se trata de situaciones intrínsecamente vinculadas al incumplimiento imputable del contrato (especialmente, visible en el caso de la huelga). De todos modos, entendemos que en estas situaciones lo verdaderamente relevante es la determinación del ordenamiento jurídico por la continuidad del contrato y su imposición pese al incumplimiento del trabajador. Motivo por el que serán analizadas en otro apartado.

## ***2.- La excesiva onerosidad sobrevenida: fundamento de la alteración de lo pactado por parte del empresario y del trabajador en aras a la estabilidad en el empleo.***

### ***2.1.- Planteamiento de una larga discusión.***

Hasta la entrada en vigor de la LCT'31 y la LJM'31, la estricta preservación del principio *pacta sunt servanda*, la sujeción de los cambios contractuales al pacto novatorio y la vertebración de la lógica que disciplina el incumplimiento de las obligaciones sobre las coordinadas imposibilidad objetiva e incumplimiento culpable, condenaban al contrato de trabajo a situaciones social, política y económicamente indeseables.

En síntesis, como ya puso de manifiesto el jurista alemán LENEL, el problema que se suscita es si, más allá de la lógica del Derecho civil, “¿puede una de las partes, en un contrato, sustraerse a sus obligaciones cuando estas resulten demasiado gravosas por efecto de una alteración imprevisible de las circunstancias?”<sup>21</sup>.

Ante esta disyuntiva, y sufriendo como telón de fondo las primeras embestidas de los efectos de la crisis de 1929, el Legislador republicano apuesta por articular un conjunto de herramientas *sensibles* a la alteración sobrevenida del *escenario contractual originario*. Así, de un modo extraordinariamente similar a como lo recoge la normativa vigente, en determinados supuestos tasados legalmente, se exonera a una de las partes del cumplimiento de lo pactado e, incluso, a readaptar unilateralmente su contenido a las nuevas circunstancias o bien a darlo por finalizado<sup>22</sup>. La novedad, revolucionaria desde la perspectiva del Derecho civil español, estriba en que la solución legal se aparta sustancialmente de las ofrecidas por la lógica del Derecho de los Contratos y de las Obligaciones. Así, el art. 46 LJM'31 permite la resolución del contrato por “crisis laboral”, esto es, por motivos ajenos a la esfera del trabajador y desvinculados de la imposibilidad objetiva<sup>23</sup>. Asimismo, el art. 89.6 LCT'31 también reconoce un nuevo supuesto de resolución del contrato por ineptitud sobrevenida<sup>24</sup>. Por otra parte, el art. 77 LCT'31 también permite la modificación unilateral del contrato ante la alteración de las circunstancias

---

<sup>21</sup> LENEL. *La cláusula rebus sic stantibus*. RDP n° 118 y 119, Julio-agosto 1923, p. 194.

<sup>22</sup> Circunstancias que se recogen debidamente la normativa laboral y enfáticamente a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994. Como se sabe, todos los instrumentos jurídicos que el TRET pone a disposición del empresario para realizar la reorganización productiva tienen un elemento catalizador común. En concreto, como afirman PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ, “la Ley exige machaconamente la concurrencia de razones o causas, estos es, de modificaciones sobrevenidas de las circunstancias – externas o internas – en las que la empresa desarrolla su actividad, de idéntica naturaleza: “económicas, técnicas, organizativas o productivas””. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ, CGPJ, Madrid. 1996, p. 81 y 82. En términos similares, RIVERO LAMAS. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41. REDT n° 100, 2000, p. 881.*

<sup>23</sup> *Vid. supra.*

<sup>24</sup> Art. 89.6 LCT'31: “Se estimarán causas justas de *despido* las siguientes: (...) la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado” [la cursiva es nuestra].



(*ius variandi*)<sup>25</sup>. Y el art. 13.2 LCT<sup>31</sup> faculta al juez para reequilibrar las contraprestaciones del contrato si, como consecuencia de la nulidad parcial, se hubiera producido una alteración del sinalagma. E, incluso, en casos muy concretos, la Ley faculta al trabajador para exigir la adaptación del contenido del contrato (concretamente, el salario) a las nuevas circunstancias concurrentes no previstas inicialmente (art. 25 LCT<sup>31</sup>)<sup>26</sup>. En otros supuestos (art. 90.2<sup>o</sup>.2<sup>o</sup> LCT<sup>31</sup>), también se admite la posibilidad de suspensión por ejercicio de cargo público (esto es, por lo que hoy se conoce como “excedencia forzosa”), sin que pueda calificarse como un supuesto de imposibilidad objetiva, dado que la aceptación del cargo requiere el consentimiento previo del trabajador. También, se admite la suspensión de la relación de trabajo por maternidad (art. 90.2.3<sup>o</sup> LCT<sup>31</sup>)<sup>27</sup>, sin que en puridad pueda admitirse que a lo largo de todo el período concurra una imposibilidad objetiva, pues, transcurridas las primeras semanas (el denominado, período de precaución sanitaria), salvo excepciones, es difícil sostener que concurra una imposibilidad física que imposibilite objetivamente a la trabajadora la ejecución de su prestación laboral<sup>28</sup>.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo en la sentencia 1 de febrero 1922, había declarado que el “despido’ sin justa causa ni previo expediente no puede excusarse con el supuesto de ser debido a un caso de fuerza mayor, ya que la crisis del mercado que como fundamento de tal excepción se invoca no ha sido consecuencia inmediata e ineludible de un suceso en absoluto imprevisto, o que, aun previsto, fuera inevitable, pues el proceso lento de dicha crisis permitió al patrono haber adoptado en tiempo hábil aquellas medidas necesarias

---

<sup>25</sup> Art. 77 LCT<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> En efecto, el trabajador puede reclamar una compensación adicional respecto de los resultados económicos derivados de la explotación de sus invenciones. Así, el art. 25 LCT<sup>31</sup> dispone que “si la explotación, por el patrono, de la invención llamada de servicio diese lugar a ganancias que supusiesen evidente desproporción con las remuneraciones del trabajador que en el ejercicio de su trabajo ha producido la invención, el trabajador recibirá la adecuada indemnización especial”. Precepto que se funda en el equilibrio de las prestaciones, con la finalidad de evitar una “desproporción que permitiere el enriquecimiento del uno por el trabajo del otro” (en definitiva, excesiva onerosidad); de esta forma lo que se pretende es que, “la idea o el acto extraordinario productor de ganancias mayores de las previstas participe en ellas” (**BELLÓN GÓMEZ**. *Régimen Laboral español*. Selecciones Gráficas, Madrid, 1945, p. 111 y 112). La doctrina contemporánea entiende que la desproporción “ha de estar entre la ganancia obtenida y la remuneración del obrero precisamente en el trabajo que se hizo la invención y no teniendo en cuenta la de todos los trabajos que pueda haber prestado a la empresa, y que el ejercicio de este derecho supone el transcurso de un cierto tiempo para que pueda apreciarse los resultados de la invención”. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931, op. cit.*, p. 70 y 71. Precepto que posteriormente pasará sin apenas modificaciones al art. 30 de la LCT<sup>44</sup>. En términos conceptualmente similares, el art. 15 Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes establece lo siguiente: “1. Las invenciones, realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario. 2. El trabajador, autor de la invención, no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo”. Aunque en la actualidad, la doctrina está dividida en cuanto a la naturaleza salarial o extrasalarial de esta remuneración suplementaria. *Vid.* al respecto, **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*. 21<sup>a</sup> Edición. Thomson Civitas. Madrid, 2003, p. 333 (salarial); **SALA FRANCO** y **VICENT CHULIA**. *El nuevo régimen jurídico de las invenciones laborales*. AL 1998 - II, p. 1986 (extrasalarial).

<sup>27</sup> Regulada, recuérdese por el Decreto Ley de 22 de marzo de 1929 (Gaceta 24 de marzo).

<sup>28</sup> **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 68.

inspiradas en la más elemental prudencia, que tendiesen a introducir en sus especulaciones las más oportunas economías en el personal de obreros, sin lesionar de un modo directo los derechos de éstos”<sup>29</sup>.

Sin duda, la acción normativa de 1931 pone en entredicho las normas fundamentales del Derecho común imperantes hasta ese momento y, en particular, la firmeza de la regla “*pacta sunt servanda*”. En el ámbito civil, ante la ausencia de normas que recojan expresamente estos supuestos, la posibilidad de resolver el contrato más allá de los vectores clásicos (incumplimiento culpable/imposibilidad objetiva sobrevenida) o el hecho de que las partes puedan modificar el contenido del contrato más allá del pacto novatorio, suscita las críticas de un sector de la doctrina por entender que atenta contra la seguridad del tráfico jurídico<sup>30</sup>.

En contraposición, otro sector de la doctrina civil admite su validez porque estima que el fin originario del contrato en cuestión ha sufrido una alteración sustancial y porque, en el nuevo escenario jurídico-social, “ya no es digna de protección la total inflexibilidad de la norma *pacta sunt servanda*”<sup>31</sup>. Así, se sostiene que un sistema regido por el imperio de la sujeción a lo convenido puede resultar “notablemente injust(o) en tiempo de crisis económica, y especialmente tratándose de negocios de tracto sucesivo, en los que el factor tiempo puede enfrentar a las partes con un mudar incesante de la posibilidad de la prestación”<sup>32</sup>. Por otro lado, este sector de la doctrina también ha puesto de relieve que la seguridad jurídica no es sinónima de inmutabilidad, hasta el punto que “el orden jurídico puede cambiar y ha de cambiar para adaptarse a las circunstancias, sin que este cambio implique por sí solo la más mínima falta de respeto a la seguridad jurídica”<sup>33</sup>.

En este contexto, como apunta ROCA SASTRE, la discusión relativa a la aceptación de esta causa exoneratoria queda reducida a dilucidar “si está justificado otorgar a las partes una acción dirigida contra la fuerza obligatoria del contrato”<sup>34</sup>. Problema que, como apunta el mismo autor, queda eliminado en la medida que existe una solución de tipo legal reconocida expresamente. Es decir, aunque “la legislación laboral no tiene un precepto que en efecto establezca, con carácter general, la admisión de la alteración de las circunstancias como causa

---

<sup>29</sup> Cit. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, op. cit., p. 64.

<sup>30</sup> De hecho, el profesor SUÁREZ GONZÁLEZ estima que no puede afirmarse que en el Código Civil español se incluya una norma que establezca la excesiva onerosidad sobrevenida (lo que no obsta que en el Derecho del Trabajo existan normas que sí la recojan). SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, op. cit., p. 63.

<sup>31</sup> ESPERT SANZ. *La frustración del fin del contrato*. Tecnos. Madrid, 1968, p. 140.

<sup>32</sup> ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado*. Tomo I, EDERSA. Madrid, 1948, p. 235.

<sup>33</sup> FEDERICO RODRÍGUEZ. *Seguridad Jurídica y política social*. RAP nº 6, p. 218. Cit. GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D- 311. Incluso, un sector de la doctrina civil (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER Y ESPERT SANZ), entiende que la tesis de la excesiva onerosidad puede encontrar base normativa suficiente en el principio de buena fe que informa todo el ordenamiento jurídico (art. 1258 CC). ESPERT SANZ. *La frustración del fin del contrato*, op. cit., p. 149.

<sup>34</sup> ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado*, op. cit., p. 235.

que autorice a proceder a la revisión del contrato”, “hay una serie de supuestos legislativos que tienen en cuenta la operatividad de esta mayor onerosidad que para alguna de las partes del contrato pueden suponer la alteración de la base contractual fijada en el momento en que se inició la relación”<sup>35</sup>. Por consiguiente, “solventado” este escollo, “sólo” nos queda por determinar el fundamento dogmático de la misma<sup>36</sup>.

Tratando de dilucidar esta cuestión la doctrina laboral ha sido extraordinariamente profusa, sin que a fecha de hoy sea una cuestión pacífica. De entre todas las tesis propuestas, consideramos que la *tesis de la excesiva onerosidad sobrevenida* es la que expone con mayor precisión este fenómeno jurídico. Construcción que alcanza su grado de desarrollo más elevado en la obra “*La terminación del contrato de trabajo*” del profesor SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>37</sup>. Aunque ya se ha incidido extensamente sobre esta cuestión, a nuestro modo de ver, nada obsta que deba ser objeto de revisión, pues, entendemos que se han obviado algunos *flecos* de suma trascendencia.

<sup>35</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 39.

<sup>36</sup> A diferencia del régimen jurídico civil, el razonamiento debe desarrollarse de forma inversa dado que se parte del hecho de un conjunto de normas que recogen la extinción, la suspensión y la modificación del contrato ante determinadas circunstancias, por lo que debe “dirigirse a constatar si estas disposiciones generales pueden o no incardinarse en alguna de las tesis acerca de la alteración sobrevenida de las circunstancias”. CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 108.

<sup>37</sup> Tesis que mantiene en la actualidad, vid. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital); *La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980), Madrid, 1981, p. 260 a 264; y *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 166 y ss. Planteamiento que también defiende un sector numeroso de la doctrina con intensidad variada. Vid. ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, op. cit., p. 465 y ss; VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 7 y 8; y *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, 15; DRAPER MATHEU. *La comprobación de la existencia de la crisis*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970, p. 159 a 161; CARRIÓN MOYANO. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999, p. 313; PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 97; ALBIOL MONTESINOS et Altrí. *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*. Valencia, 1977, p. 75; GALLEGO MORALES. *Art. 9, op. cit.*, p. 201; PRADOS DE REYES. *Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral*, op. cit., p. 12; TOVILLAS ZORZANO. *Causas de terminación del contrato de trabajo independientes de la voluntad de los sujetos que afectan a la extinción de los mismos*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981, p. 434 y 435; y *Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción*. RL 1995 - II, p. 348; PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del Trabajo*. 8ª Edición. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000, p. 995; FITA ORTEGA. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, nota 157, p. 81; BRIONES GONZÁLEZ. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*. MTSS. Madrid, 1995, p. 39 a 41; GÓMEZ ÁLVAREZ. *Causas Económicas, técnicas, organizativas o productivas*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 417; ARIAS DOMÍNGUEZ. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*. ASoc nº 6, 2005, versión digital (BIB 2005\1166); y *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*. Aranzadi. Pamplona, 2005, p. 20; ASQUERINO LAMPARERO. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*. ASoc nº 2, 2006, versión digital (BIB 2006\475); RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 256; GORELLI HERNÁNDEZ. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, p. 39; (en relación a la resolución del contrato por ineptitud) SEMPERE NAVARRO y ARIAS DOMÍNGUEZ. *Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador. Comentario a la STS u.d. 22 de julio 2005*. RPJUR nº 31, 2005, versión digital (BIB 2005\2714); ARCE. *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos*. Comares, Granada 1997, p. 7 y 8 (aunque sin mencionar explícitamente el término excesiva onerosidad); LÓPEZ GANDÍA. *Las horas recuperatorias por fuerza mayor*. RL 1988 - I, p. 434 (aunque también habla de la “modificación de la base del negocio” de LARENZ – vid. al respecto *infra*).

Antes de proceder al análisis en profundidad de dicha teoría, parece de todo punto conveniente efectuar una observación previa, que debe operar como premisa de partida o clave de bóveda; y que debe engarzarse con lo apuntado con ocasión de la “ubicación” constitucional de la estabilidad en el empleo. Como se ha apuntado y puede apreciarse, desde 1931, los *supuestos* en los que la ley reconoce al empresario la facultad para sustraerse de lo convenido ante una alteración sobrevenida de las circunstancias no han sufrido cambios que puedan reseñarse como sustanciales. Afirmación que no puede decirse con respecto a los trabajadores, pues, si bien dicha posibilidad es testimonial en un primer estadio (por ejemplo, el art. 25 LCT<sup>31</sup>), en los últimos años se han incrementado sustancialmente las situaciones en las que pueden subvertir de forma unilateral lo convenido. El Derecho del Trabajo reconoce ciertas situaciones en las que el trabajador, ante un cambio sobrevenido de las circunstancias, puede alterar unilateralmente lo acordado (arts. 23, 37 apartados 4 a 7 y 40.3 y 3.bis) o suspender la relación de trabajo (arts. 23.b, 46.3, 48.4 – para el período que excede del descanso puerperal obligatorio-, 48.6 y 48.bis TRET). Asimismo, el trabajador está facultado para resolver el contrato percibiendo por ello una indemnización (arts. 40.1.4º y 41.3.2º TRET). Situaciones que difícilmente podrían catalogarse como una imposibilidad objetiva o bien de un incumplimiento grave o culpable.

Extremo – como ya se ha expuesto con anterioridad - de capital importancia, desde un punto de vista teórico, y, especialmente del estudio en profundidad – y no sesgado – de la fundamentación dogmática de estas facultades contractuales, dado que, no sólo pone de manifiesto que la alteración sobrevenida de lo pactado no es una facultad exclusiva del empresario; sino que, sobre todo, evidencia que, en tanto que iguales, debe afirmarse que *las facultades empresariales y las de los trabajadores participan de la misma naturaleza jurídica*.

Por ello, tratando de realizar planteamientos jurídicamente coherentes, si ambas partes contractuales tienen reconocida la misma facultad para sustraerse de lo convenido (aunque en circunstancias distintas), no puede aceptarse que esté revestida de una naturaleza jurídica diversa – o, al menos, no parecen existir argumentos suficientemente convincentes para mantener lo contrario<sup>38</sup>. Por consiguiente, debe asumirse que parten de una *idéntica fundamentación dogmática*. Desde un punto de vista jurídico, difícilmente puede admitirse, sin incurrir en una contradicción - a nuestro entender, insalvable -, que dicha fundamentación

---

<sup>38</sup> De hecho, con anterioridad, SUÁREZ GONZÁLEZ ya había planteado esta cuestión con respecto a la naturaleza del despido, afirmando que “cierto que, en un amplio concepto de sanción, puede ser comprendida también la resolución del contrato, en cuanto medida dispuesta por el ordenamiento jurídico a consecuencia de la violación de una norma primaria del mismo ordenamiento, medida que tiende a satisfacer los intereses de la parte a quien garantizaba la norma violada. Pero algo resulta menos claro cuando esta sanción se hace entrar en el poder disciplinario del empresario, por la simple razón de que también el trabajador dispone de este medio de terminación del contrato, estando, sin embargo, privado de toda facultad disciplinaria. Si el trabajador dispone también del derecho a resolver el contrato cuando el empresario no cumpla sus obligaciones, nada puede hacer suponer que el derecho del empresario sea de naturaleza diversa, y ello por considerar ambos derechos como productos del contrato y no del poder disciplinario”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 9.

difiera en base a un criterio subjetivo, esto es, en función del sujeto que ejercita dichas facultades; o, desde un punto de vista metodológico, defender un análisis separado, mostrando dos esferas de *poder* estancas y autónomas sin ningún tipo de conexión. O, de otro modo, difícilmente puede hallarse un argumento que justifique que, si ambas partes tienen reconocido una facultad teleológicamente idéntica, su fundamento legal sea distinto.

Todo ello tiene, sin duda, una repercusión sumamente trascendente, pues, debe afirmarse firmemente que no es posible mantener que la posibilidad de sustraerse de lo convenido por el acaecimiento de circunstancias sobrevenidas se fundamente en una manifestación de la libertad de empresa (*ex art. 38 CE*), como es el poder de dirección del empresario.

En definitiva, frente a esta aseveración - a nuestro juicio irrefutable -, y sin perjuicio del desarrollo de esta conclusión, ahora sólo anticipada, sólo cabe sostener que la excesiva onerosidad sobrevenida y su vinculación con el principio de estabilidad en el empleo es la única teoría (dentro de una lógica estrictamente contractual) omnicomprensiva de las facultades reconocidas a trabajadores y empresarios<sup>39</sup>.

La identificación de una *naturaleza dogmática común* entronca con una dimensión que, en último término, canaliza, condiciona y da pleno sentido a la operatividad de la teoría excesiva onerosidad en el contrato de trabajo: la estabilidad en el empleo, como derivación del derecho al empleo, *ex art. 35 CE*. En síntesis, la *norma habilita* a las *partes* del contrato a que, en *determinadas circunstancias*, no respeten la firmeza de la regla “*pacta sunt servanda*”, redistribuyendo los riesgos inicialmente previstos, porque con ello se *aspira* a salvaguardar la continuidad de la relación laboral. En definitiva, puede afirmarse, adelantando de nuevo las conclusiones, que la capacidad de las partes contractuales de alterar lo acordado está dogmáticamente vinculado a la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida, a la estabilidad en el empleo y al derecho al trabajo previsto en el art. 35 CE (y no en la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*). Secuencia conceptual que describe las facultades de alteración de trabajadores y empresarios de un modo pleno, coherente y constitucionalmente integrado.

Extremos, todos ellos, que sin duda exigen un desarrollo en profundidad de la conceptualización de la excesiva onerosidad y que dan sentido a este epígrafe. Análisis abordado desde tres ángulos o enfoques distintos. Primero, la delimitación del concepto de excesiva onerosidad se afrontará analizando los elementos que la caracterizan y que permiten

---

<sup>39</sup> Tal y como sostiene SUÁREZ GONZÁLEZ “a lo largo de la relación jurídica pueden presentarse vicisitudes que obliguen a resolverla o a modificarla. Tales vicisitudes no pueden ser sino tres: el incumplimiento de una de las partes, la imposibilidad sobrevenida de alguna de las prestaciones o la excesiva onerosidad de las mismas. En cualquiera de los tres supuestos – y en la dogmática jurídica contractual no se conocen otros – se legitima la resolución de los contratos, pero en el segundo y en el tercero de los supuestos el ordenamiento jurídico tiene que permitir otros remedios menos traumáticos, es decir, *tiene que permitir* la modificación de las condiciones de trabajo, precisamente para evitar el recurso a la resolución de los contratos” [la cursiva es nuestra]. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital).

diferenciarla de la imposibilidad objetiva (categoría a la que tradicionalmente se la ha tendido a hermanar). Segundo, partiendo de las insuficiencias que se le achacan, la conceptualización de la excesiva onerosidad se abordará rebatiendo tales objeciones. Y, tercero, se procederá a la aprehensión de tesis a partir del marco constitucional. Finalmente, el estudio se completará con la crítica a las teorías alternativas que se han propuesto para fundamentar dogmáticamente estas facultades.

Análisis que, conviene recordar, se integra en nuestro propósito de definir uno de los descriptores (de los tres propuestos – la fundamentación dogmática) que estimamos deben facilitarnos el estudio sistematizado de los elementos de cada una de las instituciones que promueven la estabilidad que, efectivamente, contribuyen a preservar la continuidad del contrato de trabajo.

## ***2.2.- Conceptuación de la excesiva onerosidad sobrevenida.***

### ***2.2.1.- Primer enfoque: conceptualización de la excesiva onerosidad a partir de sus elementos definidores esenciales y diferencias con la imposibilidad objetiva.***

La definición de la excesiva onerosidad debe partir de la delimitación conceptual con respecto a otra categoría con la que se ha tendido a equipararla, concretamente, la imposibilidad objetiva sobrevenida. En aras a dar luz sobre esta cuestión, conviene destacar las notas distintivas entre ambas, pues, en cuanto causas exoneratorias del cumplimiento de las prestaciones, comparten ciertos aspectos que pueden llevar a confundirlas.

Como se sabe, ambas son un supuesto de incumplimiento contractual que supeditan su eficacia liberatoria al advenimiento de una circunstancia sobrevenida inimputable<sup>40</sup>. El fundamento de la imposibilidad objetiva como causa exoneratoria viene fijado por las limitaciones de lo que se estima puede ser objeto de negociación. Así, se afirma que el objeto del contrato debe estar comprendido dentro del comercio de los hombres y, por lo tanto,

---

<sup>40</sup> En la doctrina civil, el incumplimiento, según PINTÓ I RUIZ - citado por BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS -, “se halla integrado por dos elementos fundamentales: a) uno de ellos, objetivo, consistente en la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación; b) el otro, subjetivo, consistente en la existencia de culpabilidad del deudor”. Pero además debe tenerse en cuenta el incumplimiento no culpable, que a diferencia del culpable, extingue la relación, sin derecho a una indemnización (siempre claro está que se trate de una imposibilidad sobrevenida no culpable). **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS.** *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 48. En contra de esta tesis, **CRISTÓBAL MONTES** entiende que el incumplimiento sólo está referido a los supuestos de imposibilidad objetiva. Por lo tanto, según este autor, el incumplimiento culposo, si no acarrea una imposibilidad objetiva, al no determinar la inejecutividad del vínculo, no da lugar a responsabilidad indemnizatoria del deudor. **CRISTÓBAL MONTES.** *El incumplimiento de las obligaciones*. Tecnos. Madrid, 1989, p. 19. Otro sector de la doctrina, en cambio, entiende que la referencia del art. 1124 CC al incumplimiento, se refiere exclusivamente al incumplimiento culpable. **PUIG PEÑA.** *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*. RGLJ, 1966 - II, p. 14 y ss. Una crítica a esta tesis en **MOSCO.** *La resolución de los contratos por incumplimiento*, op. cit., p. 27 y ss.

Y en la doctrina laboral, *vid.* al respecto extensamente, **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 7 y ss; y **ALONSO GARCÍA.** *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, op. cit., p. 454 y ss

cualquier prestación contractual deja de ser válida si no es física y jurídicamente posible (arts. 1271 y 1272 CC)<sup>41</sup>. Incluso, se ha llegado a afirmar, con razón, que la liberación del deudor en estos supuestos “es tan lógica que casi no sería preciso que figurase en los cuerpos legales”<sup>42</sup>.

En cambio, la excesiva onerosidad, como principio exonerador, se justifica por otra serie de motivos que se pasan a exponer a continuación. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la doctrina, en su mayoría, entiende que existe una “auténtica disimilitud de *substantia iuris*”<sup>43</sup>. La excesiva onerosidad consiste en una “simple dificultad”, que conlleva un sacrificio extraordinario, sin que exista propiamente una imposibilidad dado que las prestaciones siguen siendo posibles<sup>44</sup>. Lo que de por sí delimita una cierta, si se nos permite, *maleabilidad* desde una perspectiva de política legislativa e incluso entre las partes contratantes. Por lo tanto - según BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO -, si acaece una onerosidad sobrevenida, “el objeto de la obligación se puede prestar, pero en condiciones mucho más onerosas para el deudor. No desaparece ninguno de los elementos esenciales de la obligación, viniendo a ser una simple reacción contra la eficacia del vínculo contractual existente. La imposibilidad que exonera de cumplimiento es objetiva y absoluta. La alteración de circunstancias es subjetiva y relativa, porque ni la misma referencia al sujeto es en términos absolutos de imposibilidad, sino de dificultad y, por lo tanto de relativa imposibilidad”<sup>45</sup>. A más abundamiento, si se reconoce como hipótesis que en los supuestos de excesiva onerosidad la prestación es posible, nada obsta que las partes adopten un compromiso contractual en virtud del cual se exija el cumplimiento de la prestación a pesar de todo (lo que denotaría la mencionada *maleabilidad*), “mientras que un compromiso análogo no podría asumirse para una imposibilidad objetiva”<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La diferencia entre los conceptos de imposibilidad y de excesiva onerosidad sobrevenidas en el contrato de trabajo*. RGLJ, 1964 – I, p. 581.

<sup>42</sup> CANDIL. *La cláusula rebus sic stantibus*. Escelicer. Madrid, 1946, p. 62.

<sup>43</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 122. Originariamente, la excesiva onerosidad se plantea como una modalidad de la imposibilidad objetiva con la finalidad de atenuar la rigidez de su funcionamiento, introduciendo un concepto más leve capaz de adaptar la norma a las contingencias sociales. Con este fin, dentro de la lógica de la imposibilidad objetiva, se insertan conceptos como “imposibilidad económica” o bien “imposibilidad subjetiva”, entendidas como dificultad extraordinaria para cumplir. PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Trad. MALLOL. Bosch. Barcelona, 1959, p. 30. En este sentido, juega un papel fundamental la recepción de la *cláusula rebus sic stantibus* (mientras las circunstancias subsistan). Cláusula que tiene su origen en los juristas medievales en base a la filosofía estoica y, sobre todo, influidos por la ideología de SANTO TOMÁS, quien en la *Summa Teológica* afirma: “como Séneca dice, para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada haya cambiado: por el contrario ni mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en la mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo lo que prometió, ya que no persisten las mismas condiciones. Por consiguiente el Apóstol tampoco mintió, al no ir a Corinto a donde había prometido ir, como se dice en la II a los Corintos, Capítulo I, debido a los impedimentos sobrevenidos”. Cit. TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 72. En cuanto a la evolución posterior de esta cláusula y recepción en los ordenamientos jurídicos a principios del Siglo XX la doctrina se ha hecho eco profusamente. Vid., por todos, LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Comares. Granada, 2002.

<sup>44</sup> LENEL. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 195; DÍAZ CRUZ. *La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado*. RGLJ, Tomo XI (179), 1946, p. 546; y BATLLE. *La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos*. Universidad de Murcia, 1945, p. 10 y 11.

<sup>45</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *El cumplimiento de las obligaciones*. EDERSA. Madrid, 1956, p. 308.

<sup>46</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 42.

Como sintetiza SUÁREZ GONZÁLEZ, a diferencia de la fuerza mayor y el caso fortuito, en la onerosidad excesiva “no se trata de una imposibilidad de las prestaciones, que continúan siendo todas posibles, sino del hecho de que en la comparación entre las prestaciones del empresario y las del trabajador, estas últimas han perdido, para el primero, todo su valor”<sup>47</sup>.

Por lo tanto, si la excesiva onerosidad no afecta a la posibilidad de cumplir lo acordado, conviene delimitar las motivaciones jurídicas que permiten afirmar su naturaleza exoneratoria. Siguiendo el discurso de SUÁREZ GONZÁLEZ, lo que sucede en estos casos, es que “el objeto del contrato no ha sufrido modificación sustancial, pero el cambio que con aquél se intentaba realizar no presenta ya la proporción de antes: el problema no es un problema de objeto sino de causa”<sup>48</sup>. En este sentido, partiendo de la concepción de que la causa del contrato es la función económico-social que el mismo debe resolver, PINO asevera que “la causa puede faltar, en todo o en parte, ya desde el origen, ya más adelante, durante su realización. El defecto parcial de causa, tanto genético como funcional es posible porque la Ley acoge como principio general para los contratos, con excepción de los aleatorios, el de la adecuación para el sacrificio patrimonial con relación al sacrificio de la parte contraria, o a las previsiones, según la valoración de la conciencia social. Cuando esta adecuación falte, *por razones o modos previstos por la Ley*, la causa está viciada; y *‘la onerosidad sería precisamente un vicio funcional de la causa’*”<sup>49</sup>.

No obstante, como ha destacado la doctrina, conviene tener presente que si bien es cierto que desde una perspectiva conceptual la distinción entre ambas figuras es nítida, en ocasiones en la práctica, “nos vemos incapaces de distinguir dónde acaba la excesiva onerosidad y dónde empieza la imposibilidad material”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 164 y 165. En términos similares, MOSCO sostiene que “la interdependencia vendría a ser turbada por un evento que recae, no sobre el objeto de la prestación, sino sobre su valor, de un modo muy superior a toda previsibilidad, en tal forma que una de las prestaciones no equivale ya a la correspondiente de la otra parte”. MOSCO. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, op. cit., p. 21.

<sup>48</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 164 y 165; y *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*. RT, noviembre-diciembre 1961, n° 6, p. 1892. En términos similares, LENEL. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 197; y RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 36. Aunque se aproxime de algún modo a lo expuesto, no puede aceptarse, por consiguiente, que la peculiaridad este tipo de resolución resida “en el hecho de que, aunque la causa y el objeto del contrato de trabajo no hayan sido afectados por la situación de la empresa, esto es, aunque el trabajador pueda en teoría seguir prestando sus servicios, la realización del referido trabajo poco aporta ya a la organización productiva”. PÉREZ CAMPOS. *La pretendida equiparación entre la extinción por causas objetivas y el despido colectivo a efectos indemnizatorios (comentario a la STSJ País Vasco 23 de septiembre 2003)*. ASoc n° 7, 2004, versión digital (BIB 2004\743).

<sup>49</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 165 y 166 [la cursiva no entrecomillada es nuestra]. Corrobora esta opinión RIVERO LAMAS al afirmar que “la alteración de las circunstancias en cuanto es origen de una excesiva onerosidad para las partes del contrato afecta, en definitiva, a la causa del mismo, por constituir ésta la síntesis de sus elementos esenciales”. RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 36. Por otro lado, la doctrina civil, ha destacado que mientras que la imposibilidad sobrevenida opera *ipso iure*, la excesiva onerosidad debe ser probada por el deudor para quedar exonerado del cumplimiento de la prestación. LENEL. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 194 y 195. Por otra parte, como sostiene PINO (y se ha tratado de resaltar), conviene tener presente que la posibilidad de alterar el contenido del contrato sólo puede operar en aquellas circunstancias o en el modo que haya previsto la Ley. En contra de la fundamentación de la teoría de la causa, *vid.* BATLLE. *La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos*, op. cit., p. 12.

<sup>50</sup> TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 89.



Si se acepta como hipótesis que la causa del contrato es la “función económica y social del mismo”, debe existir una adecuación del sacrificio patrimonial en relación con el de la contraparte o con las previsiones, según la conciencia social<sup>51</sup>. Por consiguiente, si la existencia de una recíproca equivalencia es inmanente al concepto de causa, se desprende su sujeción a “criterios contingentes, variables en el tiempo y en el espacio”<sup>52</sup>. En los contratos de tracto sucesivo la existencia de la causa debe verificarse sucesivamente, sin que sea dable afirmar que su constatación, al celebrarse el contrato, sea suficiente para perpetuar su validez en el tiempo. Las circunstancias que condicionan la celebración de un contrato, moldean la causa y, por lo tanto, es posible que quede alterada e incluso suprimida si las nuevas circunstancias se alejan radicalmente de las originarias<sup>53</sup>. Este peligro subyace especialmente en los contratos que tienen una dependencia de futuro, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de trabajo<sup>54</sup>. Por lo tanto – y conviene resaltarlo debidamente – “la causa debe ser considerada no solamente en el momento en que el contrato surge, sino en todo tiempo que dura según la intención de los contratantes, o sea que la causa en los negocios jurídicos bilaterales debe darse en dos fases”: en el momento de perfección del contrato y en la fase de cumplimiento del contrato<sup>55</sup>. Pues bien, como apunta PINO, en tales casos, la tutela jurídica no puede circunscribirse únicamente

---

<sup>51</sup> **BETTI**. *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 153 y ss. Según PINO, “el problema de la causa planteado en concreto consiste en investigar la reciprocidad entre lo que prácticamente ha sido regulado por las partes y la función que en abstracto, se considera merecedora de tutela. El fenómeno económico del cambio es jurídico cuando el fin que se persigue es, en concreto, útil socialmente; la alteración del tal fin, o más exactamente de la función, hace caer la razón de la tutela jurídica y el fenómeno deja de ser jurídico”. PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 172.

<sup>52</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 185. OPPO sostiene que “la duración del cumplimiento, afecta a la causa del contrato, en el doble sentido de que éste no cumple la función económica que pretende, si su ejecución se prolonga en el tiempo, y que la utilidad que para las partes deriva de la relación es proporcional a la duración de ésta”. OPPO. *Il contratti di durata*. Rev. Dir. Comm., 1943, p. 174. Cit. RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 36; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*. RT n° 6, 1961, p. 1888. Una crítica a este planteamiento en GARCÍA FERNÁNDEZ. *Autorización administrativa e intervención judicial en los despidos por causas económicas*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980), Madrid, 1981, p. 344 y 345.

<sup>53</sup> **BETTI**. *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 171.

<sup>54</sup> Cfr. PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 168 y ss.

<sup>55</sup> **TERRAZA MARTORELL**. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 12. En términos similares, **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., nota 9, p. 8; **MONTÉS PENADÉS**. *Artículo 1124*. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dir. ALBALADEJO. Tomo XV, Vol. 1°. EDERSA, 1989, p. 1184; **FERNÁNDEZ CANTO**. *La resolución de los contratos por causa de incumplimiento*. RGLJ, 1960, p. 66 y 67; y **PINTÓ I RUIZ**. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*. Apéndice a la obra de **MOSCO**. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, op. cit., p. 340 y 341. Autor que cita a **ROCA SASTRE** (nota 13, p. 341): “pero téngase en cuenta que con lo dicho hemos aludido sólo a la actuación de la causa en el momento de formación de los contratos sinalagmáticos, pero no en el momento de su ejecución. Es preciso recordar que existe una tendencia doctrinal que niega que pueda hablarse de causa, tratándose de ejecución de los contratos y se reduce a considerarla en el momento de su formación. Pero esto es un error; de lo contrario habría que sostener que la causa de una declaración de voluntad es la obligación de la otra parte y no su prestación; lo cual sería equivalente a entender que las partes sólo contratan para conseguir obligar al otro, y no con el fin de conseguir el resultado jurídico que es la contraprestación, o sea lo que se nos ha de dar a cambio de aquella prestación a la que nos obligamos. El resultado económico que persigue la declaración de voluntad es alcanzar una prestación, es decir, obtener su ejecución o cumplimiento”.

al momento inicial, porque entonces no se estaría protegiendo el fenómeno económico considerado como un todo<sup>56</sup>.

Para ahondar respecto de estas cuestiones, conviene centrar el enfoque en tres aspectos fundamentales: (1.-) el concepto de equivalencia de las prestaciones; (2.-) el de riesgo implícito en toda convención; y finalmente, (3.-) el concepto de onerosidad. Análisis que debe completarse con lo que se expondrá posteriormente respecto a la crítica de las objeciones que se han dirigido a la validez de la tesis de la excesiva onerosidad.

1.- Es consustancial a toda relación contractual la existencia de un intercambio y de una cierta valoración equivalente, de la cual deriva la asunción de una determinada proporción cuantitativa entre la prestación y la contraprestación. Hasta el punto que no puede hablarse de la existencia de un negocio jurídico obligatorio si carece de la valoración subjetiva consistente en la fijación del mencionado límite cuantitativo. Toda convención es un conglomerado de ventajas y gravámenes fruto de la convergencia de motivaciones personales (derivadas de consideraciones subjetivas) y de un análisis de la *utilidad* “verosímilmente calculada o prevista” y de la *equivalencia real y objetiva* entre la prestación y la contraprestación<sup>57</sup>. En sustancia, el único término comparativo para examinar la prestación, sólo puede ser la contraprestación<sup>58</sup>.

No obstante, según un sector de la doctrina, esta equivalencia o equilibrio de intereses, no sólo no tiene un reconocimiento legislativo expreso, sino que tampoco puede predicarse de los contratos onerosos, dado que “cada parte da lo propio para obtener algo más; incluso en la forma rudimentaria del cambio de cosas por permuta cada parte contratante valora subjetivamente en más (utilidad) aquello que, respectivamente, va a recibir. Sin esta divergencia de valores, consecuencia del diferente juicio de utilidad (aptitud de los bienes para satisfacer las propias necesidades), no es posible concebir el fenómeno del cambio, ni económica ni jurídicamente”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Vid. al respecto, **PINO**. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 175. En contra de esta posición, se alega que si la causa existe al perfeccionarse el contrato, “decaiga por el surgir de circunstancias posteriores, porque ello supondría tanto como afirmar que la causa tendría que estar pendiente, en los contratos a largo plazo, de la producción o no de aquellos eventos; de donde resultaría que el contrato para ser válido, tendría que estar perfeccionando continuamente, con lo que fallaría la regla fundamental del art. 1258 CC, según el que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”, puesto en relación con el art. 1262”. **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 329. Argumento que cierra la posibilidad de que la falta de causa pueda acaecer de forma sobrevenida, dado que la “exigencia de la causa se limita al momento de la realización de la función económica y social que el negocio debe cumplir y no puede extenderse también a la efectiva realización”. Además, “no puede admitirse que puedan dejar de existir o faltar alguno de los elementos esenciales de un acto jurídico después de que éste ha producido alguno de sus efectos” (p. 332). En términos similares, **CANDIL**. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 80 y 81; y **FERNÁNDEZ HIERRO**. *La modificación del contrato*. Aranzadi. Pamplona, 1992, p. 32.

<sup>57</sup> **TERRAZA MARTORELL**. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 11.

<sup>58</sup> **PINO**. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 23.

<sup>59</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 329 y 330. Por otro lado, también se objeta que la equivalencia de las prestaciones no es un principio jurídico. **CANDIL**. *La cláusula rebus sic stantibus*, op.

Sin embargo, puede objetarse que no debe entenderse equivalencia en términos aritméticos<sup>60</sup>, en “el sentido absoluto de igualdad de valor económico”, sino que “la equivalencia debe ser entendida en el sentido de igualdad de valor que las partes atribuyen a los objetos de las respectivas prestaciones, de tal manera que den a uno la función de equivalente del otro”<sup>61</sup>. Como apunta SUÁREZ GONZÁLEZ, citando a REDENTI, por regla general, “la Ley no pone exigencias de proporciones económicas”, “sino que las partes son libres de determinar la razón proporcional de cambio entre sus prestaciones”<sup>62</sup>. La preocupación esencial del ordenamiento jurídico es, por tanto, velar por la interdependencia de las prestaciones, es decir, proteger a las partes contra las alteraciones de la equivalencia pactada, del equilibrio subjetivamente establecido<sup>63</sup>. Y, específicamente referido al contrato de trabajo, desde el instante que el Derecho permite que se produzca “el intercambio entre trabajo y retribución, exige que se realice ‘en función de recíproca equivalencia’ y tal equivalencia debe ser asumida en el concepto de causa”<sup>64</sup>.

2.- Aceptando que el concepto de equilibrio es consustancial al concepto de causa, el problema se plantea cuando ese equilibrio se tambalea. Lo que desemboca en el análisis del concepto de riesgo. Toda prestación y contraprestación implican un “sacrificio actual en vista de un porvenir dudoso”<sup>65</sup>, lo que significa que, en última instancia, “contratar es prever”<sup>66</sup>; y que todo acuerdo conlleva una “*alea*” para ambas partes. Lo que no significa que el contrato de trabajo sea un contrato aleatorio, dado que “tal riesgo no incide en la causa del contrato”<sup>67</sup>. Descartada esta naturaleza del contrato de trabajo, debe admitirse que es inherente a todo

---

*cit.*, p. 65. Aunque, en mi opinión, al tratar el tema de la equivalencia no distingue entre el “alea” propio de todo contrato, esto es, el “riesgo normal”, del riesgo que excede del mismo y los contratos aleatorios (*vid. infra*).

<sup>60</sup> VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 8, p. 8.

<sup>61</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, *op. cit.*, p. 56 y 57: “La equivalencia absoluta entre las prestaciones, presupondría una igualdad absoluta entre los diversos contratantes, entre su necesidad y sus asuntos, y debería prescindir del hecho de que, en la valoración de un bien concurren varios coeficientes y, en particular, algunos, extraordinariamente subjetivos, como la intensidad del deseo y la urgencia de la necesidad económica de una y otra parte, sobre las cuales se clava el fenómeno económico del cambio”. En el mismo sentido, RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 35. *Vid.* también los ejemplos que expone LENEL, en *La cláusula rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 194 y 195.

<sup>62</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>63</sup> VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>64</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 1892. Según este autor, “al admitir entre sus instituciones al contrato de trabajo, el ordenamiento jurídico pretende que se cumpla la función social de la producción, mediante el intercambio voluntario y duradero de trabajo subordinado y retribución en función de una recíproca equivalencia”.

<sup>65</sup> BATLLE. *La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>66</sup> TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 137 y 138.

<sup>67</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, *op. cit.*, p. 80 y 81. El riesgo no ha de ser un motivo determinante del contrato. Por lo tanto, no puede predicarse la excesiva onerosidad en los “contratos aleatorios en los que las prestaciones están basadas en el riesgo de carácter extraordinario”. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *El cumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 309.

contrato la existencia de un “alea”, por el simple hecho de que viene a establecer un ajuste de intereses cuya valoración queda petrificada en el momento del pacto<sup>68</sup>.

Un riesgo que deja de ser asumible cuando, como consecuencia de una variación imprevista e inimputable de los elementos que sirvieron para determinar la medida de las prestaciones, se rompe el equilibrio inicialmente pactado. Las oscilaciones de valor de la prestación comprendidas dentro de esta órbita, pueden asimilarse a lo que se denominaría “riesgo normal”, es decir, que “la regular mutación de valor que la prestación puede sufrir, dada su naturaleza y el tipo de relación a la que pertenece”, no debe calificarse como un perjuicio exorbitante<sup>69</sup>.

Evidentemente, el problema está en determinar en qué medida se supera el riesgo “normal” insito en un contrato, o de otro modo, hasta dónde alcanza el deber de previsión de las partes<sup>70</sup>. Lo cual, lejos de existir una regla universal quedará supeditada a una valoración individualizada de cada supuesto. De todos modos, es posible identificar algunas pautas que faciliten la evaluación de la entidad del riesgo previsto.

En la medida que los riesgos permanezcan en el terreno de lo previsto, los acontecimientos tienen un carácter contractual y forman parte del consentimiento, por lo que subsiste la fuerza obligatoria de los contratos. Así, cada parte contratante debe asumir los costes derivados de los errores de valoración subjetiva del riesgo<sup>71</sup>. Este límite puede quedar superado cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias. Sobre la base de este parámetro, la seguridad de la contratación sólo permanece en la medida que subsistan las legítimas expectativas de los contratantes, es decir, en tanto perduren las circunstancias en vista de las cuales se obligaron. Por consiguiente, debe atenderse al “carácter extraordinario de las circunstancias que producen una mutación sensible en las prestaciones correlativas de las partes y que no puede entenderse como riesgo normal de los contratos conmutativos”<sup>72</sup>. Lo que en ningún caso, siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ, debe llevar a predicar una excesiva onerosidad en situaciones de mera dificultad subjetiva de ejecución. Por ello, siguiendo el parecer del citado autor – que cita a BOSELLI -, la valoración de la excesiva onerosidad está sometida a un criterio rigurosamente objetivo, y no subjetivo “lo que quiere decir que la noción de excesiva

---

<sup>68</sup> MANRIQUE LÓPEZ. *La modificación de la base del negocio jurídico convenido colectivamente*. REDT n° 21, 1985, p. 66.

<sup>69</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, *op. cit.*, p. 95. Un sector de la doctrina italiana (SIMI - *cit.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevinida de la prestación del empresario*, *op. cit.*, p. 79) entiende que la excesiva onerosidad entra dentro del contrato y, por tanto, este riesgo debe correr a cargo del empresario.

<sup>70</sup> DÍAZ CRUZ. *La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado*, *op. cit.*, p. 549.

<sup>71</sup> Al respecto, la capacidad de previsión tiende a determinarse con arreglo a la “elástica y algo indeterminada” diligencia del buen padre de familia, esto es, del hombre de normal diligencia. LLUIS Y NAVAS BRUSI. *La llamada cláusula “rebus sic stantibus” como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados*. RGLJ, Tomo XXXIII (201), 1956, p. 414; FERNÁNDEZ HIERRO. *La modificación del contrato*, *op. cit.*, p. 74; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 329, p. 174.

<sup>72</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 34.

onerosidad debe ser buscada con referencia a los impedimentos que conciernen a la prestación considerada en su intrínseca consistencia y eficiencia o, por mejor decir, independientemente de toda consideración del nexo eventualmente existente entre la carga de la prestación y la compleja economía del deudor”.

En suma, se trata de analizar el contrato, por encima de toda consideración subjetiva, de toda dificultad que no provenga de la sobrevenida desproporción de las prestaciones<sup>73</sup>. Ahora bien, la valoración objetiva de la desproporción, no debe entenderse en términos de “gravosidad”, esto es, vinculada al *sujeto* y al esfuerzo necesario que debe realizar para ejecutar la prestación debida; sino que, en aras a la máxima objetividad, la desproporción debe referirse a la *contraprestación*, esto es, al desequilibrio entre el valor ésta y el de la prestación debida.

Conviene tener presente, llegados a este estadio, que la evolución del régimen jurídico que posibilita la alteración de lo pactado en el Derecho del Trabajo español, en esencia, es una sucesión de intentos por describir un modelo legal que, tratando de dejar a un lado la mera conveniencia subjetiva del deudor, permita evaluar objetivamente cuándo el riesgo excede del *alea* normal previsto.

3.- Consideraciones que permiten el tránsito hacia la definición del concepto de “onerosidad”. Ésta engloba no sólo las agravaciones imprevistas que originen un “mayor sacrificio” en el cumplimiento de la prestación a la que se ha obligado, sino que también comprende aquéllas que irrogan una “menor utilidad” de la contraprestación que debe recibir<sup>74</sup>. Desde la perspectiva del objeto de la obligación del trabajador, conviene tener presente que aunque, en principio, el resultado del trabajo le es ajeno, no obsta que se entienda que quien le emplea obtiene un “resultado inmediato de utilidad relevante”. Sin duda, “del resultado del trabajo se deduce una utilidad para el empresario, utilidad que es trascendente para la satisfacción de su interés, en el conjunto de los que son objeto de regulación en el contrato”.

---

<sup>73</sup>SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, op. cit., p. 73.

<sup>74</sup>BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 309. Del mismo modo, y citando a DE MARTINI, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 210. Así, según SUÁREZ GONZÁLEZ, “se puede llegar a obtener la resolución de los contratos de trabajo, aun sin que se haya presentado esta situación de pérdidas económicas, y solamente por la inutilidad de mantener en la empresa a determinados trabajadores, cuya fuerza de trabajo ha sido sustituida, por ejemplo, por una nueva máquina introducida en la actividad de que se trate. Los beneficios, objetivamente, existen todavía, pero el empresario puede reducir los gastos de personal y obtener aún más, y entonces parece indudable que pueda llegar a la resolución de los contratos”, y sigue afirmando, “en la hipótesis de excesiva onerosidad sobrevenida, el objeto de la prestación que constituye la obligación del empresario, es decir, una suma de dinero, no ha sufrido *en sí* ninguna variación. Pero mientras en el momento de concluir el contrato existía para este empresario una utilidad de cambio “trabajo-precio”, hoy, en situación de crisis, esta utilidad no existe ya, y no porque le sea más difícil cumplir la obligación, sino, simplemente, porque la contraprestación ha disminuido de valor” (p. 217). Por otra parte, ESPERT SANZ, asevera que es posible que “el cambio sobrevenido haga desaparecer el interés que una de las prestaciones tenía para el acreedor de la misma, que por vía de inflexible aplicación de la regla *pacta sunt servanda*, vendría totalmente obligado a cumplir su prestación, recibiendo a cambio algo que ha perdido para él toda *utilidad o sentido*” [la cursiva es nuestra]. ESPERT SANZ. *La frustración del fin del contrato*, op. cit., p. 141 (también en p. 159).

Por lo que, “en tanto rendir significa aportar una utilidad como cualidad predicable de un resultado, el rendimiento se configura como una cualidad de la prestación, o con la misma prestación cualificada y, en consecuencia, como objeto de la obligación asumida por el trabajador”<sup>75</sup>.

Como señala TERRAZA MARTORELL, “no basta una contraprestación para determinar a no a asumir una obligación, es necesario que ésta represente una utilidad, un provecho”, es necesario, prosigue, “que ésta [la contraprestación] represente un equivalente útil”, de tal modo que “si esta utilidad objetivamente considerada es inexistente, la obligación asumida es nula porque está privada de causa”<sup>76</sup>. Por todo ello, si un acontecimiento sobrevenido quiebra el equilibrio de lo convenido, de tal modo que “el fin contractual que cada uno de los contratantes buscaba en el acto de obligarse, se realizará la absurda situación jurídica que uno de los contratantes será obligado a prestar sin que su obligación tenga causa”<sup>77</sup>.

El sacrificio económico immanente en todo contrato no puede desgajarse de la utilidad (o resultado) que cada parte espera obtener del mismo, porque en definitiva, se refiere al quebranto sustancial de la utilidad social del fin económico que las partes quieren obtener<sup>78</sup>. En otros términos, sacrificio económico y utilidad constituyen un binomio sin el cual no puede entenderse la naturaleza onerosa de un contrato<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ. *El rendimiento debido en la relación de trabajo*. REDT nº 3, 1980, p. 368.

<sup>76</sup> TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*. *Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 27.

<sup>77</sup> TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*. *Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 27. Como sintetizan MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS (aunque no sean partidarios de esta tesis), dentro del concepto de excesiva onerosidad queda comprendidos “supuestos en los que no es necesaria una inmediata causación de pérdidas al empleador, sino una imposibilitación de aumento de lucro que quizá pueda determinar en el futuro una situación de verdaderas y propias pérdidas, deviniendo la contraprestación del trabajador a una carencia o reducción de la utilidad que tenía en principio (...)”. Por lo tanto, “aun sin existir un desequilibrio económico ni frustrarse la finalidad del contrato, el dato referente es la mayor utilidad comparativa que el empresario obtendría tras la reorganización del personal”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 691 y 692. Vid. también, MONEREO PÉREZ. *Art. 51*. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998, p. 616.

<sup>78</sup> En este sentido, ALONSO OLEA afirma que el contrato puede extinguirse cuando las prestaciones “carecen de utilidad, porque el contrato de trabajo se ha hecho en contemplación de un fin, que usualmente es la producción en régimen de empresa”. ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 191.

<sup>79</sup> Según SUÁREZ GONZÁLEZ “la prestación del trabajador no tiene en sí un valor mayor o menor para el empresario, sino que éste viene determinado en relación a los beneficios que su utilización le comporta. Entonces el cambio de valor por la contraprestación debe ser referido al que ella tenía cuando el contrato se concluyó, lo cual es necesariamente una cuestión de hecho”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 263.

A pesar de no compartir el planteamiento descrito, las opiniones de MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS pueden integrarse nuevamente en el concepto de excesiva onerosidad que se sostiene, pues afirman que el eje del modelo laboral “no gira básicamente en torno al desequilibrio prestacional de orden económico, sino en un criterio de *utilidad o rentabilidad económica* de los recursos humanos, protegiéndose normativamente una *razonable* maximización del beneficio”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 692 y 693.

En contra, GARCÍA ABELLÁN sostiene que la excesiva onerosidad “no agota todos los supuestos de revisiones, resoluciones, modificaciones y suspensiones, ya que (...), riesgos marginales de lo económico pueden hacer acto de presencia en los contratos; y por otra, porque hay supuestos contractuales en los que el entendimiento de la excesiva onerosidad, dada la situación real ante la que se presentan, hacen descalificable la petición de exoneración”. GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D-271.

Desde un punto de vista doctrinal, como se comprobará, la aceptación de este planteamiento teórico es sumamente relevante porque – a nuestro modo de ver - deja sin fundamento las construcciones doctrinales que rechazan la validez de la teoría de la excesiva onerosidad por entender que su ámbito de aplicación es “estrecho”<sup>80</sup>. En la medida que integra “la común finalidad objetiva del contrato”, o más concretamente, “la frustración de la finalidad” (por lo tanto, *lucrus cessans* y *dannum emergens*), esto es, no sólo un desequilibrio “monetario” en la equivalencia de las prestaciones, sino también una “menor utilidad”, cae uno de los argumentos que ha llevado a la doctrina a *huir* en la búsqueda de otras interpretaciones<sup>81</sup>.

Un aspecto fundamental vinculado a esta cuestión es la comprobación efectiva del desequilibrio sufrido<sup>82</sup>. Como ya se ha apuntado, la onerosidad no puede valorarse en función de criterios subjetivos, es decir, sobre la base de la carga, o la magnitud del sacrificio que soporta el deudor. La valoración de la onerosidad debe realizarse con la “comparación entre el equilibrio originario de las prestaciones y el existente en el momento de la ejecución”<sup>83</sup>. Sólo de este modo pueden mantenerse criterios objetivos en la determinación de la onerosidad.

Conflicto que, como se analizará<sup>84</sup>, se evidencia con especial claridad en los supuestos de alteración de lo convenido cuando concurren las denominadas *causas de empresa*, pues, la delimitación de la frontera entre la arbitrariedad o mera conveniencia empresarial y la concurrencia efectiva de una necesidad objetiva de la organización productiva, resulta extraordinariamente compleja. Conflicto que ha tratado de solventarse, con mejor o peor fortuna, mediante la articulación legal de parámetros de valoración de naturaleza objetiva o neutra<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 107.

<sup>81</sup> Vid. al respecto *infra* – en este epígrafe.

<sup>82</sup> En relación a la adecuada mensuración de la onerosidad padecida, CANDIL sostiene la inadmisibilidad de la excesiva onerosidad sobre la base de la dificultad de medir adecuadamente la agravación acaecida en el equilibrio de las prestaciones y como criterio propone la fijación de un porcentaje. CANDIL. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 62.

<sup>83</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 47 y 94.

<sup>84</sup> Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>85</sup> Objetivación que en 1931 viene definida por el concepto “crisis laboral” y que, en la actualidad, como se sabe, hace referencia a una fórmula compleja, encabezada por la referencia a la concurrencia de “causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción”. Aspecto que se analizará con posterioridad con mayor detalle.

## 2.2.2.- Segundo enfoque: conceptualización de la excesiva onerosidad a partir de la revisión de las objeciones que se oponen a su validez como fundamento dogmático aplicable al contrato de trabajo.

En el Derecho Común, ante la ausencia de un reconocimiento positivo expreso, la posibilidad de revisar o extinguir un contrato a raíz de la alteración sobrevenida de las circunstancias por concurrir una excesiva onerosidad es extraordinariamente discutida<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> En cambio, el art. 1467 Código Civil italiano dispone que: “en los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos en el art. 1458”. Traducción en **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 122.

La doctrina civil española, si bien es unánime en cuanto delimitación conceptual de la excesiva onerosidad sobrevenida, no es pacífica en cuanto a su aplicabilidad. Problema que se agrava en la medida que el Código Civil no establece un precepto claro y taxativo sobre el tema ni, por consiguiente, explicita tal distinción. Fundamentalmente, la discusión de la doctrina civil se ha centrado en la admisibilidad o no de la cláusula *rebus sic stantibus*. Discusión en la que la excesiva onerosidad aparece como un elemento intrínseco del propio fenómeno, aunque conviene destacar las diferencias, especialmente cuando un sector de la doctrina estima que la mencionada cláusula abarca en su seno a la excesiva onerosidad y las presenta, de algún modo, como sinónimas. La cláusula *rebus sic stantibus* parte de un elemento subjetivo, extendiendo la voluntad de los contratantes a los hechos imprevisibles e imprevistos a través de la presencia en todo contrato de un acuerdo de naturaleza inmanente, en virtud del cual, la subsistencia de la relación contractual depende del mantenimiento de las circunstancias que acompañaron a su celebración. En cambio, la excesiva onerosidad, objetiviza el problema, dado que omite la referencia a las tesis de la voluntad presunta, reconduciéndolo a la causa del contrato. **PINO**. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 131 y ss; y **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 874 a 877.

En el seno de la doctrina civil española, un sector niega la validez de la cláusula por varios motivos: por aplicación del principio *pacta sunt servanda*, por la inexistencia de preceptos que la reconozcan expresamente y, sobre todo, por el peligro que su reconocimiento supondría para la seguridad del tráfico jurídico. **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 347; y **CANDIL**. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 144. En contraposición, otro sector afirma su plena aplicabilidad, fundándose en el principio de equivalencia de las prestaciones y la teoría de la vigencia de la causa durante la vida del contrato. **LLUIS Y NAVAS BRUSI**. *La llamada cláusula “rebus sic stantibus” como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados*, op. cit., p. 383; y **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 122. En el seno de las tesis que admiten su validez, la disparidad de criterios en cuanto a su fundamento jurídico es evidente. Unos tratan de suplir la laguna del CC a través de una interpretación extensiva del concepto de caso fortuito contenida en el art. 1105 CC. **DÍAZ CRUZ**. *La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado*, op. cit., p. 552. Otro sector entiende que su aplicabilidad puede derivarse de la interpretación extensiva de ciertos artículos del CC (especialmente, arts. 1732 y 1776). **TERRAZA MARTORELL**. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 64 y 65. Finalmente, otro sector estima su aplicabilidad, a pesar de la “oscuridad de nuestro ordenamiento jurídico”, en base a las “más íntimas exigencias de la ética y fundamentos jurídicos de la razón de ser de la relación contractual”. **LLUIS Y NAVAS BRUSI**, op. cit., p. 418 y 419.

Por su parte, a pesar de las discusiones doctrinales, la jurisprudencia civil ha admitido, no sin reservas, la posibilidad de que el cumplimiento de una obligación contractual quede afectado por una alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias que acompañaron su celebración. La cuestión se ha abordado fundamentalmente a través de la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de admitir que su formulación no se encuentra legalmente reconocida y que debe aplicarse con cautelas (SSTS 23 de abril 1991, Ar. 3023; 19 de noviembre 1994, Ar. 8539; 29 de mayo 1996, Ar. 3862; y 17 de enero 2001, Ar. 2281). La aplicación de esta cláusula, muy restringida, sólo es predicable de un determinado tipo de contrato y siempre que se cumplan una serie de requisitos. Sintéticamente, sólo es admisible en los contratos de tracto sucesivo, en los que acontece de forma imprevista una alteración extraordinaria de las circunstancias, produciendo una desproporción exorbitante. En cuanto a los efectos derivados de la aplicación de la cláusula la jurisprudencia es partidaria de la revisión contractual en vez de la resolución, dado que la exoneración del cumplimiento al deudor afectado irrogaría en el acreedor un perjuicio exorbitante. **DE MALLOL**. Comentarios a **PINO**. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 11; **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**. *Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula “rebus sic stantibus”*. AC nº 30, 23 a 29 julio, 1990; **CANDIL**. *La cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 121 y ss; **ROCA SASTRE**. *Estudios de Derecho Privado*, op. cit., p. 249 y ss; **FERNÁNDEZ HIERRO**. *La modificación del contrato*, op. cit., p. 77 y 78. En cambio, **DÍEZ-PICAZO**, en contra de la opinión mayoritaria de la



En el ámbito laboral, no se plantean los mismos problemas en la medida que existen normas jurídicas que – entendemos – reconocen explícitamente el juego de la excesiva onerosidad. Aunque son varios los argumentos que se objetan a esta tesis, sintéticamente pueden reconducirse a dos: la excesiva onerosidad responde únicamente a un mero quebranto monetario; y la excesiva onerosidad sólo responde a situaciones de crisis. Críticas que cobijan, a su vez, otros aspectos sumamente trascendentes y que a continuación van a ser objeto de análisis (y refutación).

### ***2.2.2.1.- Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad como mero quebranto monetario”.***

Al amparo de esta objeción, en definitiva, lo que se pretende es afirmar que, en primer lugar (1.-), el concepto de *utilidad* es extraño a la teoría de la excesiva onerosidad. Y, en segundo lugar (2.-), derivado de lo anterior, que la excesiva onerosidad no es una teoría válida porque se reduce a una situación de crisis interna contractual, queriendo poner de manifiesto que la aparición de hechos “técnicos-económicos adversos, no guarda semejanza con la mecánica de la excesiva onerosidad sobrevenida”<sup>87</sup>. Por lo que, se afirma, la excesiva onerosidad deja fuera del campo de aplicación de la norma un numeroso conjunto de supuestos que (especialmente, a partir de 1994), son aquellos que conforman el núcleo principal al que la normativa se dirige<sup>88</sup>.

Es importante tener presente que esta crítica no sólo repercute en el concepto de onerosidad, sino que también afecta a la delimitación de la función económico y social del contrato de trabajo; y, sobre todo, qué vicisitudes pueden incidir sobre ella. En definitiva, lo que se está discutiendo es la influencia de la *razón organizativa* respecto del contrato de trabajo, esto es, si puede calificarse como un dato externo al contrato, no interiorizado en la estructura de éste, o bien entender que el trabajo es una actividad compatibilizada y dirigida a un determinado resultado<sup>89</sup>. Y, evidentemente, el engarce de dichas facultades contractuales en la conceptualización de la estabilidad en el empleo y, sobre todo, en el universo constitucional.

Aspectos, todos ellos, que se analizan a continuación:

---

doctrina, es partidario del efecto resolutorio en vez del revisorio. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 879 a 881 y 885.

<sup>87</sup> **MONTOYA MELGAR**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 100.

<sup>88</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 106.

<sup>89</sup> Discusión planteada por la doctrina esencialmente alrededor de la fundamentación jurídica de los poderes de dirección y disciplinario del empresario. *Vid.* al respecto, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Ediciones Graphus. Valladolid, 1992, p. 71 y ss.; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas. Madrid, 1991, p. 19 y ss.; **GIL Y GIL**. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 42 y ss.; y **MONTOYA MELGAR**. *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965.

1.- En primer lugar, se discute el concepto de onerosidad y, concretamente, se pone en duda que integre el concepto de “utilidad” o de “finalidad objetiva”. De un modo muy expresivo se asevera que la excesiva onerosidad se queda “estrecha” (DEL VALLE). Esto es así, se afirma, porque en la medida que esta institución se vertebra alrededor de la ruptura o desproporción en la equivalencia de las prestaciones originariamente pactadas, la crisis laboral o económica en sí misma no tiene porque incidir en la equivalencia. Por este motivo puede suceder que “el empresario, por razones técnicas, económicas o financieras, atinentes a su explotación, se ve gravemente dificultado o incluso *imposibilitado* para proseguir tal explotación o simplemente la decisión empresarial de reestructurar o reconvertir la explotación conlleva la supresión de puestos de trabajo”<sup>90</sup>. Si bien es cierto que, “en ocasiones se está protegiendo un daño emergente ocasionado por el surgimiento sobrevenido de un determinado acontecimiento”, a veces, “este daño puede no derivarse del cumplimiento en sí mismo de las funciones contractualmente debidas, sino de la ausencia de la realización de unas tareas que no son debidas”<sup>91</sup>. A más abundamiento, se sostiene que “de ningún modo cabe calificar de excesivamente onerosa aquella relación jurídica en la que no existe un “mayor sacrificio en el contratante que debe la prestación, sino solamente una menor utilidad de la contraprestación”; es decir, hacer valer el “lucro cesante” de una de las partes que se obtendría de recibir la prestación en otras condiciones o de no recibirla”<sup>92</sup>.

Esta crítica puede, a nuestro entender, ser rebatida. Entendemos que, como ya se ha expuesto anteriormente, la equivalencia de las prestaciones no debe predicarse en un sentido de igualdad monetaria, sino de igualdad de valor o utilidad equivalente. Por otra parte, entendemos, la excesiva onerosidad no sólo exonera al deudor del cumplimiento de la

---

<sup>90</sup> **MONTOYA MELGAR**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 100 [la cursiva es nuestra]. En términos similares se manifiesta **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 53. Tesis recogidas posteriormente por **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*. MTSS. Madrid, 1985, p. 127; y **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 113; **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 105; **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 41.

<sup>91</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 117. La doctrina civil, por su parte, también remarca esta, por el momento “presunta”, carencia de la excesiva onerosidad. Así, se sostiene que deja sin resolver “los casos en los cuales es inalcanzable la finalidad objetiva del contrato y en los cuales, por consiguiente, lo que ocurre es que las prestaciones pierden sentido aunque se mantenga el equilibrio económico entre ellas”. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 877. En términos similares, **DÍAZ CRUZ** sostiene que no debe confundirse el verdadero quebranto económico derivado de la relación contractual de la mera frustración de ganancia. **DÍAZ CRUZ**. *La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado*, op. cit., p. 550.

<sup>92</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 113 y 114. En términos similares, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 691 y 692; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Universidad de Alicante, 1984, p. 70. Por su parte, **BEJARANO HERNÁNDEZ**, a pesar de admitir la validez de la excesiva onerosidad, sostiene que no puede calificarse como excesivamente oneroso los supuestos en los que no existe un mayor sacrificio en el contratante sino una menor utilidad. **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*. REDT nº 96, 1999, p. 526.

obligación sobre la base de un “mayor sacrificio” en su prestación, sino también, desde el instante que la contraprestación le reporta una “menor utilidad”. Interpretación que, tal y como se ha apuntado, no “chirría” ni con el concepto de onerosidad ni con el de causa del contrato de trabajo. Por lo tanto, la restricción de la onerosidad sobrevenida a los supuestos de quebranto estrictamente monetario debe ser rechazada, porque extirpa de un modo sustancial parte del contenido teleológico de esta institución jurídica<sup>93</sup>.

2.- En segundo lugar, derivado de lo anterior, se objeta que la excesiva onerosidad difícilmente puede dar una respuesta convincente (o suficiente) a las situaciones de alteración de lo convenido cuando concurren las denominadas *causas de empresa*. Se asevera que la excesiva onerosidad no es una teoría válida porque se reduce a una situación de crisis interna contractual<sup>94</sup>. Por ello, una “necesidad organizativa”, derivada de una coyuntura empresarial desfavorable o de dificultad, no es un problema que afecte directamente al contrato sino a la organización productiva en la cual aquél se integra. La alteración del contrato, en definitiva, se justifica – se afirma – en aspectos que exceden del marco contractual<sup>95</sup>. Para fundamentar esta objeción, se distingue entre la “dinámica del contrato” y la “vida de la organización empresarial”<sup>96</sup>. Lo cual permite hablar de “causas de empresa”, como circunstancias situadas “si no al margen sí sobre el contrato”<sup>97</sup>. Así, se afirma que son “circunstancias de origen

---

<sup>93</sup> Cabe, por tanto, subsumir en el concepto de excesiva onerosidad el planteamiento que MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS sostienen cuando afirman que la normativa “[protege] el interés empresarial objetivado en la solventación de la que podría denominarse “crisis laboral” de carácter netamente organizativa (...) consistente en una pérdida o falta de utilidad de las prestaciones laborales que hace decaer el interés empresarial en el mantenimiento de dichas relaciones laborales al no extraer de ellas (desde una perspectiva de integración organizativa) el debido rendimiento o utilidad”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 58 y 59.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 110 y 111; SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 42; CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 119; y NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*. Civitas. Madrid, 1996, p. 47; DURÁN LÓPEZ. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*. RPS nº 117, 1978, p. 82; y FERNÁNDEZ BERNAT. *Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52 c) ET*. RL 2003 - I, p. 569.

<sup>95</sup> En este sentido, PRADOS DE REYES, refiriéndose al contenido del art. 52.c) TRET (después de la reforma de 1997), afirma que su “naturaleza resulta cada vez más alejada de la articulación de posiciones permitida por la dogmática contractual común”. PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos e insolvencia del empresario*. AL 1997 - III, versión digital (La Ley 2537/2001).

<sup>96</sup> De hecho, como derivación de esta bicefalia, se habla (DEL VALLE VILLAR) de la existencia de un doble interés del empresario: “a la producción del conjunto de los trabajadores y a la realización del trabajo de cada uno, considerado individualmente”. Distinción, se afirma, que confirma la dualidad del sistema extintivo: “en ciertos casos, y ajustándose a la ortodoxia del Derecho de los contratos, pueden aplicarse, con más o menos matices, las técnicas de extinción de las obligaciones de Derecho común (...); por otra, ciertas causas de extinción de los contratos (...) pasan a referirse no tanto al vínculo contractual que se trata de extinguir cuanto a la colectividad de quienes contribuyen a las tareas productivas”. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 114 y 115.

<sup>97</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 115. En términos similares, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Lo individual y lo colectivo en el despido “objetivo”*. RL 1996 - I, p. 96. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 111.

externo y que tienen una trascendencia primaria también externa al propio contrato”<sup>98</sup>; aunque luego se admita que de forma “derivada”, “aleatoria”, “de rebote” o “secundariamente” también incidan sobre el contrato<sup>99</sup>.

Planteamientos que tampoco se comparten porque estimamos que la vida de la organización empresarial también integrada en el propio contrato individual. Así, la delimitación de la influencia de la cuestión organizativa debe partir del análisis de la estructura del contrato de trabajo, analizando, primero, la influencia que lo organizativo ejerce sobre la misma (a.-); segundo, delimitando si la prestación del trabajador es sólo de *medios* y en ningún caso de *resultados* (b.-).

a.-) A nuestro modo de ver, la existencia del propio contrato de trabajo no puede comprenderse aisladamente, sino sobre la base de la *situación organizativa de la empresa*, sin que esto implique que deje de ser un contrato de cambio<sup>100</sup>. En este sentido, siguiendo el análisis detenido de MARTÍN VALVERDE de las definiciones legales de ‘trabajador asalariado’ y de

---

<sup>98</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 107.

<sup>99</sup> **SOLÀ MONELLS.** *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 53; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 72; y **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 85 y 100. Concretamente, este último autor afirma que “las causas económicas y tecnológicas son circunstancias que afectan, con más o menos fuerza o intensidad, pero en primer lugar, a las posibilidades de viabilidad de las empresas, y sólo a partir de ahí, es decir, sólo porque tienen incidencia en la vida de la organización productiva, la Ley les reconoce una serie de efectos sobre la vida del contrato de trabajo” (p. 106).

<sup>100</sup> **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS.** *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 696 y 697. Siguiendo a ROMÁN DE LA TORRE, “la cuestión queda así referida a la función económico-social que asumen los contratos de trabajo ‘en’ o ‘dentro’ de la empresa (...), y en particular se relaciona con la doble funcionalidad del contrato como reglamentación del conflicto y como instrumento de organización del trabajo en la empresa”. De tal forma que esta “vertiente funcional del contrato de trabajo anuda las vicisitudes y exigencias de la organización productiva con la propia dinámica contractual”. Construcción que permite “desvincular la relación laboral de las consecuencias que la consideración de otros elementos como el de comunidad-organización empresarial habían supuesto para el trabajador y a la vez excluir una vuelta a la autonomía de la voluntad al estilo liberal”. **ROMÁN DE LA TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 76. Y, siguiendo la construcción de MOLINA NAVARRETE, las referencias a la “unidad productiva” en una diversidad de normas, como “centro de referencia y definición de una pluralidad de poderes y de recíprocas expectativas, y con el fin de satisfacer diversas expectativas sociales conexas al desarrollo de un moderno y democrático país industrializado”, pone de manifiesto la insuficiencia de la concepción de la empresa, en sentido exclusivamente subjetivo. Por ello, “la empresa no puede reducirse al puro juego combinatorio de factores productivos”, sino que debe observarse como “un sistema altamente complejo, expresivo de una constelación de múltiples y heterogéneos intereses y, en consecuencia, de un lugar de múltiples intervenciones”. Lo que deriva en la consolidación de una “idea de empresa de impronta iuslaboral, autónoma pero no autosuficiente (...), así como ratificar la existencia de específicos modelos hermenéuticos construidos en sintonía con la *ratio legis* – fines de política del Derecho – de las diferentes normas del sistema jurídico del trabajo subordinado”. Así, “esta normativización de una pluralidad de núcleos organizativos, distintos al constituido por la empresa (...), implica un expreso reconocimiento de la *organización como uno de los más firmes centros de referencia y selección de las diversas disciplinas iuslaborales*”. Por lo que “el debate sobre el concepto de unidad productiva, ha confirmado (...) la permanente tendencia a asumir el *hecho organizativo* según conceptualizaciones unitarias, expresando un juicio liquidatorio de las posiciones contractualistas extremas”. **MOLINA NAVARRETE.** *El problema de la identificación del concepto de “unidad productiva autónoma” ex art. 44: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos.* TL nº 32, 1994, p. 49 y 50. Por otra parte, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, sin ser partidaria de la tesis de la excesiva onerosidad – ni de ninguna de las teorías de raíz civilista –, resalta el “estrecho vínculo existente entre el contrato de trabajo y la organización productiva en la que se integra, que obliga al primero a evolucionar junto con la segunda. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 32.

‘empresario’, *ex art. 1 TRET*, “es cierto que el empresario aparece como mero empleador o acreedor de la prestación de trabajo asalariado. Pero no es menos verdad que, en un significativo juego de espejos, el trabajador asalariado se define a su vez por remisión a la nota o elemento nuclear del concepto de empresa, el elemento de la ‘organización’. El trabajador asalariado, protagonista indiscutible del Derecho del Trabajo, es el que presta sus servicios ‘dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona’. La figura del empresario sólo adquiere relieve en el Derecho del Trabajo en la medida en que la empresa utilice trabajo asalariado. Pero la figura del trabajador asalariado no se concibe tampoco al margen de la organización en la que se integra su prestación de servicios”<sup>101</sup>. El contrato de trabajo cumple, pues, “tanto una función de reglamentación de intereses contrapuestos como una más compleja función de organización del sistema de trabajo en la empresa (lo que queda ya en buena parte tipificado en el sistema legal en virtud del elemento de la dependencia – o subordinación – del trabajo), precisamente en el marco y dentro de la organización productiva”<sup>102</sup>.

Coincidimos con ROMÁN DE LA TORRE en considerar que, en las notas características del contrato de trabajo laten, por un lado, un elemento organizativo, “de necesaria coordinación de actividades que se manifiesta en la especificación continua del trabajo y que da lugar a la dirección de éste por una voluntad que no es la del trabajador, configurando todo ello, genéricamente hablando, la nota de dependencia”; y, por otra parte, “esa finalidad última del empleador de rentabilizar la prestación de trabajo, obteniendo la máxima utilidad de ésta con vistas al fin o beneficio productivo, económico o patrimonial que pretende obtener y en la que encajaría la nota de ajenidad”<sup>103</sup>. Por lo tanto, la dependencia es uno de los exponentes más

---

<sup>101</sup> MARTÍN VALVERDE. *Informe Español, op. cit.*, p. 138 y 139. Tesis que parece hallarse implícita en la opinión de RIVERO LAMAS, cuando sostiene que “la idea de organización empresarial [*ex art. 1.1 TRET*], en el presente puede potenciar, como efectivamente lo está haciendo, las virtualidades expansivas del concepto de contrato de trabajo”. RIVERO LAMAS. *Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*. REDT n° 80, 1996, p. 974.

<sup>102</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit.*, p. 679. A mayor abundamiento (aunque la cita resulte un poco extensa), “el elemento de subordinación y dependencia, más allá de una lectura exclusivamente en términos individualistas, puede merecer una fundada (...) visión en términos organizativos (de inserción en un ámbito organizativo empresarial) sin apartarse del cuadro de un contrato individual. Desde este punto de vista, la función organizativa del contrato de trabajo formaliza la cooperación o colaboración en el cuadro de una organización productiva, que tiene lugar en la base del actual social en el seno de la organización empresarial: normalmente asumiendo la forma de ‘organización económica’; y actúa como instrumento de legitimación y reconocimiento de poderes organizativos empresariales. De este modo, el sistema de contratación laboral en la empresa comporta una especie mezcla sutil de factores organizacionales y cambistas bajo un mismo nexo contractual y en el cuadro más complejo de la organización productiva. De este modo queda vinculada la forma contractual con la dinámica de la organización productiva y el funcionamiento de la empresa no termina tan desgajado del esquema contractual como pudiera pensarse en una primera aproximación desde una comprensión formal de la acepción de la ajenidad de la relación laboral”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.*, p. 123. *vid. también*, MONEREO PÉREZ. *Art. 51, op. cit.*, p. 616.

<sup>103</sup> ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 87. Como apuntan MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS “el sistema de contratación laboral en la empresa comporta una especie de mezcla sutil de factores organizacionales y cambistas bajo un mismo nexo contractual y en el cuadro más complejo de la organización productiva. Bajo este prisma es visualizable la íntima conexión de la forma contractual con la dinámica de la organización productiva y, por otra parte, el funcionamiento de la empresa no termina tan desgajado del esquema contractual como pudiera pensarse en una primera aproximación desde una comprensión formal de la

claros de la *función organizativa del contrato de trabajo*, lo que permite realizar - y conviene resaltarlo nuevamente - una lectura “sin apartarse del cuadro de un contrato individual”. De la que se desprende la formalización de la “cooperación o colaboración en el cuadro de una organización productiva”<sup>104</sup>.

Llegados a este punto, y para dar luz sobre la idea que se defiende, conviene traer a colación algunos de los planteamientos de la tesis de PERSIANI relativa al “contrato de organización”, sin que ello - conviene advertir -, implique una plena aceptación de sus conclusiones<sup>105</sup>. El trabajo, según este autor, no es un bien meramente intercambiable, sino que al contratar se tienen en cuenta otras consideraciones, “sobre todo el modo en que el trabajo se realiza no es indiferente a la propia obligación, puesto que sólo aquel prestado de determinada forma satisface el interés del empresario”. Así, el “interés que el contrato de trabajo satisface en orden a aquella organización en que se inserta es el del empresario en coordinar todas las prestaciones singulares”. Es decir, “el interés del empleador destinado a ser satisfecho con el cumplimiento de la obligación de trabajar no es el resultado de la organización productiva considerada en su conjunto”, pero paralelamente, “la actividad laboral... no es idónea para satisfacer el interés del empleador sino en cuanto produce una utilidad y contribuye a la realización del resultado perseguido con la organización de trabajo”<sup>106</sup>.

No obstante, como ya se ha advertido, y al igual que hacen MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, la aceptación de esta tesis no puede ser completa, por lo que conviene realizar dos observaciones<sup>107</sup>:

---

acepción de ajenidad de la relación laboral”. **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 680.

<sup>104</sup> **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 679; y *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 122.

<sup>105</sup> **PERSIANI**. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Padova – Cedam, 1966. Fundamentalmente por motivos lingüísticos se sigue la exposición que ROMÁN DE LA TORRE realiza de la tesis del autor italiano. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 79 y ss. *Vid.* también sobre la tesis del mencionado autor, **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 99, p. 696 y 697; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *El poder disciplinario en la empresa*, op. cit., p. 35 a 37; **GIL Y GIL**. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, op. cit., p. 48 y ss.

<sup>106</sup> Tesis que parece recoger RODRÍGUEZ SAÑUDO cuando afirma que el empresario monta su “organización para la consecución de los objetivos fijados (...) y la *utilidad* a obtener de cada una de las relaciones en particular sólo se [consigue] probablemente en la medida en que coordina con todas las demás”. **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1975, p. 20 [la cursiva es nuestra].

<sup>107</sup> Esta tesis ha sido criticada por la doctrina laboral. FERNÁNDEZ LÓPEZ, a pesar de acogerse a la dimensión organizativa del contrato de trabajo, matiza la tesis de PERSIANI señalando la inidoneidad del término “contrato de organización” porque la “constitución de la organización no depende de la pluralidad de contratos celebrados, sino que la contratación laboral permite obtener la colaboración del trabajador que hace posible funcionar una organización cuya constitución sólo al empresario se debe y que, en ese sentido, aunque sea en potencia preexiste al contrato”. Circunstancia que le lleva a descartar “tanto la existencia de un fin común en sentido técnico, intercurrente entre las partes de la relación, como la eventualidad de responsabilizar al trabajador por el buen funcionamiento de la organización, o la consecución del resultado en vista de la cual se constituyó”. Si la organización ajena al trabajo no se interioriza, el contrato de trabajo cumple un papel instrumental, poniéndose al servicio de la organización. Circunstancia que no obsta a que el trabajador, en virtud del contrato, quede sujeto a los poderes empresariales – “encajados en el contrato” -, exigiéndosele una colaboración. **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *El*

En primer lugar, como exponen los autores mencionados, “la dimensión cambiaria sigue siendo patente en el contrato de trabajo, y tampoco debe entenderse como un estricto “contrato de organización”, sino como un contrato de funcionalidad compleja con vertiente organizativa teleológicamente dirigida a su función económico-social típica”<sup>108</sup>.

Y, en segundo lugar, partiendo de la base de que la funcionalización del contrato de trabajo va dirigida a que “en el plano económico del mercado el empresario realice el interés al beneficio”, conviene tener presente que “el interés directamente protegido normativamente no es tanto la consecución del beneficio empresarial, sino uno previo e instrumentalizado en orden a su consecución: el interés al resultado del aparato productivo – también económico – para lo cual se diseña un contrato de trabajo cuya existencia se subordina a su contribución organizativa al mismo”<sup>109</sup>.

---

*poder disciplinario en la empresa, op. cit.*, p. 36 y 37. ROMÁN DE LA TORRE adopta una postura más alejada a partir de la fundamentación heterónoma de los poderes empresariales, sin negar el origen contractual de los mismos. Concretamente, citando a LISO, sostiene que “la relevancia de la organización en el contrato de trabajo existe en cuanto éste es fragmento de aquélla, pero no es expresión de una integración hacia afuera del contenido de la prestación, sino de una cualidad esencial de la prestación subordinada, idónea para adaptarse al tejido de la organización”. ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 82. En la misma línea crítica, GIL Y GIL aboga también por heterogeneidad aunque descartando (siguiendo a RIVERO LAMAS) por completo el papel del contrato como fundamento. Según este autor, las “tesis organizativas” confunden el objeto con el contenido del contrato. La prestación característica del contrato de trabajo se reduce a la obligación de trabajar y a hacerlo bajo las órdenes del empresario atinentes a la ejecución del contrato. Son los poderes directivo y disciplinario los que imponen obligaciones que exceden del puro objeto contractual y que amplían el deber básico del trabajador, dado que el trabajo se desarrolla en una organización, conformando el contenido del contrato, *ex art.* 1258 CC. GIL Y GIL. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa, op. cit.*, p. 48 a 53; y *La noción de despido disciplinario, op. cit.*, p. 85 y 86.

<sup>108</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit.*, nota 99, p. 696 y 697. En términos muy similares parece pronunciarse recientemente el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO, cuando afirma que “la relevancia jurídica de la organización del trabajo, sin llegar a los extremos institucionalistas, implica que el hecho de que la prestación de trabajo se realice en el seno de una organización productiva, coordinada con las actividades de otros, afecta al objeto mismo de la obligación laboral en cuanto a la conducta debida del trabajador, al conjunto de intereses afectados por la relación contractual, más allá de la prestación material de trabajo y a la posición activa y pasiva del empresario/empleador, incluido el poder de dirección en el ejercicio de la actividad de la empresa”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Poder de dirección y derecho contractual*. RL n° 19/20, 2005, p. 7. RODRÍGUEZ-SAÑUDO sostiene que “el trabajador realiza su prestación de trabajo en un medio ajeno, que es precisamente el que ja sido organizado por el empresario para la consecución de unos determinados objetivos; este medio, constituido por el conjunto de elementos materiales de la empresa, coordinados y puestos en funcionamiento por el empresario, es controlado y dirigido por éste, lo que para el trabajador supone la subordinación al poder directivo de aquél. Subordinación que se refiere no sólo a los resultados que se esperan obtener de la prestación de trabajo, sino al conjunto de la prestación misma, a la que es necesario desarrollar para alcanzar esos resultados. El contenido de la relación de trabajo, sus vicisitudes y su misma existencia se encuentran determinadas por esa integración en la empresa”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario, op. cit.*, p. 144 y 145. En términos similares, KROTOSCHIN. *Notas sobre el llamado “Derecho al Empleo”*. Estudios en Homenaje al Profesor Eugenio Pérez Botija. Vol. 1. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 442.

<sup>109</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit.*, nota 102, p. 697. Recientemente MONEREO PÉREZ ha afirmado que “en la empresa moderna el contrato de trabajo asume una doble función cambiaria y organizativa. El contrato de trabajo tiene como misión típica la de organizar el trabajo en la empresa atendiendo a los distintos elementos articulados que la integran (la insistencia de esta dimensión organizativa es uno de los méritos de la construcción de M. PERSIANI). Se trata de hacer transparente la presencia directa del trabajador en la organización jurídica de la empresa en el marco de un nuevo Derecho de la producción”. MONEREO PÉREZ. *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Comares. Granada, 2006, p. 27.

Por consiguiente, la alteración de lo pactado por causas de empresa, responde a postulados dogmáticos contractualistas, esto es, debe centrarse fundamentalmente en la crisis del contrato<sup>110</sup>.

b.-) En segundo lugar, resulta más bien difícil presentar una separación tan nítida entre la “vida del contrato” y el “fin productivo de la empresa”; o, en otros términos, delimitar si la prestación del trabajador es sólo de *medios* y en ningún caso de *resultados*<sup>111</sup>. Según MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS “los autores que parten de una tradicional concepción unilateral cambista, ‘extracontractualizan’ el fenómeno organizativo al sostener una versión restringida de la causa del contrato de trabajo, capaz solamente de englobar en la función del mismo la de procurar la puesta a disposición del empleador en una determinada cantidad de energías. En realidad, se trata de un posicionamiento derivado de una exacerbada y limitativa relevancia de la configuración de la prestación laboral como una obligación de medios (de mera actividad o comportamiento) y no de resultado. Esta visión olvida que también en la prestación laboral se persigue un comportamiento, calificable como resultado, pero no como el resultado final esperado por el empresario”<sup>112</sup>.

A mayor abundamiento, como se sabe, desde 1994 el Legislador español ha reconfigurado el régimen jurídico de la estructura del salario, persiguiendo con especial ahínco la *flexibilidad*, a través del fomento del salario medido por unidad de obra y los complementos salariales vinculados a los resultados y la productividad de la empresa<sup>113</sup>. Por consiguiente, en los contratos que se haya previsto este tipo de remuneración es, al menos, discutible que no pueda sostenerse que los fines *originarios* de la organización no se han interiorizado en el

---

<sup>110</sup> Comparte este criterio, **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., p. 466 y 467.

<sup>111</sup> Según la crítica que expone LISO a la tesis de PERSIANI (siguiendo nuevamente la exposición de ROMÁN DE LA TORRE), la admisión de la naturaleza organizativa del contrato de trabajo suscita un cambio en la naturaleza del contrato de trabajo, graves dificultades para definir el área de la prestación debida y finalmente un “aumento del aspecto personal que el trabajador se compromete, al comprometerle en el resultado mismo”. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 80.

<sup>112</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 14, p. 679. En contra, un sector de la doctrina (**GIL Y GIL**) distingue entre el objeto del contrato (entendido como “las prestaciones mediante las que se actúa el fin económico-social del contrato”), y el contenido (“conjunto de cláusulas que las partes prevén o que se insertan en el contrato en virtud de una fuente de integración del contrato”). Planteamiento dirigido a justificar la existencia de un conjunto de obligaciones que incumben al trabajador y que, se entiende, exceden del objeto contractual a él referido, esto es, “la prestación de servicios de forma subordinada”. Concretamente, son los poderes directivo y disciplinario, fundados en el interés organizativo del empresario, los que imponen otras obligaciones que exceden del puro objeto contractual y que conforman, por tanto, su contenido. Poderes que por otra parte, nunca pueden encontrar un fundamento en el contrato, sino que el mismo debe hallarse en una fuente heterónoma. **GIL Y GIL**. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, op. cit., p. 49 a 54.

<sup>113</sup> Término que, a pesar de su amplitud, viene siendo entendido como “la capacidad que tienen las empresas de adaptar los sistemas y estructuras salariales a las exigencias cambiantes de la demanda, a los cambios en los sistemas organizativos y a las innovaciones tecnológicas; es decir, la capacidad de adaptación permanente de las variables retributivas a las exigencias de funcionamiento de las organizaciones productivas”. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 125.



contrato de trabajo<sup>114</sup>. En tales casos, tampoco parece congruente calificar como “instrumental” el papel del contrato respecto del fin perseguido por el empresario<sup>115</sup>. Lo que, por otra parte, sitúa al contrato de trabajo, por lo menos, en una zona gris entre la naturaleza cambiaria y asociativa<sup>116</sup>.

3.- En *conclusión*, puede afirmarse que esta primera objeción, que califica a la excesiva onerosidad como mero quebranto económico, resulta insuficiente porque, en síntesis, no sólo está obviando una correcta conceptualización de la excesiva onerosidad, sino que también omite parámetros esenciales que delimitan la propia causa del contrato de trabajo. La teoría de la excesiva onerosidad, en tanto que gravita alrededor de la causa del contrato, no es ajena a los cambios de utilidad de las contraprestaciones esperadas; y, paralelamente, derivado de lo anterior, la denominada “*repercusión externa*” no es una consecuencia “secundaria” o “derivada”, sino que está intrínsecamente vinculada a la estructura del contrato de trabajo, sin que quede desvirtuada por el hecho de que la circunstancia tenga, como se afirma, un “origen externo”<sup>117</sup>.

Es notoria la desvinculación del trabajador de la persona concreta del empresario, y su vinculación, *respecto a la prestación de trabajo*, al marco de la empresa y a sus necesidades organizativas. Como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, la “organización productiva no es ya sólo el

---

<sup>114</sup> Tradicionalmente, siguiendo a HERRERO NIETO, se ha entendido que los actos jurídicos en virtud de los cuales se vincula el elemento humano a la empresa tienen distinta configuración. Mientras que la aportación de un patrimonio a la empresa por los socios es un acto colectivo de unión; la aportación de la prestación de trabajo es un acto individual de contraposición. El acto de aportación es calificado como un negocio de comunicación jurídica de naturaleza no onerosa ni transmisiva. En cambio, el acto de aportación de la prestación de trabajo tiene unos perfiles de un acto jurídico oneroso y transmisivo (bajo el sinalagma de una relación cambiaria). Derivado de esta configuración, mientras que el aportante social no deja de ser titular de la subsistencia jurídica aportada (no de forma exclusiva, sino coparticipada); el trabajador, pierde la titularidad de las prestaciones concretas aportadas así como los resultados que de las mismas se desprenden. Es decir, el trabajador abdica de sus derechos de asociado (renunciando a la parte aleatoria de eventuales beneficios) a cambio de garantía, esto es, del percibo de una cantidad fija por jornadas de trabajo. De todo ello, se deriva que “la unidad de fin, que en definitiva es lo que caracteriza a la empresa como organismo productivo, se ha subordinado a los distintos medios por los cuales se ligan a la misma los componentes en su tarea de obtención de lucro o de garantía”. HERRERO NIETO. *Vieja y nueva problemática en torno a la empresa en el Derecho del Trabajo*. RDM, n° 65, 1957, p. 57 a 59. Si se acepta este planteamiento, se convalida que, desde el instante que el trabajador renuncia a su garantía a cambio de un mayor riesgo, se aprecia con claridad la existencia de una “unidad de fin” que tiende irremediablemente a la homogeneización.

<sup>115</sup> *Vid.* en contra FERNÁNDEZ LÓPEZ. *El poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 36 y 37.

<sup>116</sup> “En la medida que el trabajador participe en los beneficios y de alguna manera o en alguna cuantía el salario esté influido por aquéllos, hay, ciertamente, una aproximación del contrato hacia formas societarias”. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 361. Del mismo modo que si se ofrece a los trabajadores la posibilidad de cotitularizar en parte el capital social de la empresa o de una sociedad del grupo (por ejemplo, *stock options*).

<sup>117</sup> Como apuntaba SUÁREZ GONZÁLEZ en 1962 “objetivamente a la economía de la empresa no se causan pérdidas, al menos inmediatamente. Se produce, sin embargo, una falta de posibilidad de aumentar el lucro que quizá puede conducir más tarde a verdaderas y propias pérdidas, como consecuencia de la competencia hecha por otras empresas dedicadas al mismo ramo. Y, en cualquier caso, la contraprestación del trabajador no tiene ya para el empresario la utilidad que tenía al principio”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, *op. cit.*, p. 71 [la cursiva es nuestra].

sustrato material necesario para la ejecución del contrato, sino también, en cierto sentido, la base en la que se asienta el negocio jurídico laboral”<sup>118</sup>.

Por ello, las genéricamente denominadas *causas de empresa*, en primer lugar, “afectan a la relación del trabajo, y por eso cae en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, para dar procura al conflicto de los intereses individuales propios del trabajador y del empresario”<sup>119</sup>.

### **2.2.2.2.- Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad sólo responde a situaciones de crisis”.**

Se discute cuál es la relación existente entre el deudor y la situación que provoca tales cambios. Se sostiene que la excesiva onerosidad no es capaz de explicar todos los fenómenos a los que pretende dar respuesta el Legislador, dado que su ámbito de actuación está estrictamente circunscrito a alteraciones del contrato motivadas por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles; incluso, se afirma que, en esencia, su finalidad se ciñe a resolver circunstancias “patológicas de la vida social y contractual”<sup>120</sup>. En definitiva, se rechaza que

---

<sup>118</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *Lo individual y lo colectivo en el despido “objetivo”, op. cit.*, p. 97. Idea que, en palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, puede sintetizarse del siguiente modo: “el trabajador viene a contratar su prestación de trabajo en una determinada empresa; el carácter personalísimo del contrato de trabajo que es claro por parte del trabajador, por el lado empresarial sólo puede mantenerse parcialmente si se hace referencia a la empresa, esto es, si se dice que el trabajador contrata la prestación de su trabajo para una empresa determinada, siéndole en buena parte indiferente el detentador de la titularidad de la empresa, que es nada menos, que la persona del empresario”; y “en cuanto que al ser una organización de personas para la obtención de un determinado resultado laboral, viene a constituir una organización de las prestaciones de trabajo que ha de ser tenida en cuenta por el Derecho del Trabajo, que ya no puede regular tan sólo la relación individual de un empresario con un trabajador, sino que ha de precisar cuál es la función que en esa relación ha de tener la organización de la empresa. Al igual que la regulación de los contratos de trabajo va a influir en la propia ordenación de la empresa, ésta va a influir igualmente en la estructura de aquéllos”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *Empresa y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 52 y 53. Pero no sólo eso, sino que en palabras del mismo autor, “la modalización de la relación de trabajo por la organización se refleja en todo su contenido, pero muy en particular en la determinación concreta de la actividad laboral consistente en la realización de una tarea o función dentro de una organización productiva, lo que significa no sólo la interdependencia técnica entre las funciones que cada uno de los trabajadores realiza, sino el condicionamiento mismo que significa la existencia de un fin productivo, síntesis global de las actividades concretas de cada uno de los trabajadores”. Además, la referencia a la “colaboración” establecida en el art. 20.2 TRET “significa tanto que el trabajador al realizar su prestación se dedica personalmente a hacer posible la actividad de la empresa, como, a la vez, que trabaja conjuntamente con otros, de forma que, como diría BAYÓN, perderían utilidad cada una de las relaciones individuales de trabajo aisladas de las demás, por lo que los cambios o modificaciones en una de ellas pueden tener influencia en otras, ya que las prestaciones de trabajo en la empresa se encuentran “especialmente condicionadas” a las prestaciones de los demás trabajadores”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *La movilidad del trabajador dentro de la empresa, op. cit.*, p. 15.

<sup>119</sup> **BORRAJO DACRUZ.** *La triple dimensión de los despidos colectivos y objetivos plurales: interés legítimo del trabajador, exigencias organizativas de la empresa y protección por desempleo.* AL 1995 - I, p. 135.

<sup>120</sup> **CRUZ VILLALÓN.** *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 116 y 119. En términos similares – entre otros-, **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS.** *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit.*, p. 692 y 694; **OJEDA AVILÉS.** *Configuración del despido colectivo.* En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 483; **ALAMEDA CASTILLO.** *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial, op. cit.*, p. 156 y 157.

pueda adaptarse, – como apunta CRUZ VILLALÓN - a lecturas fisiológicas de la situación de la empresa<sup>121</sup>.

Sin embargo, la excesiva onerosidad como causa exoneratoria no está supeditada necesariamente a tales hechos de naturaleza inusitada y excepcional. Entendemos que la causa que la origina debe ser un hecho que exceda meramente de la operación intelectual de las partes que, sobre la base de unas determinadas expectativas, les ha incitado a estipular el contenido del contrato. O, en otros términos, no es inmanente a la excesiva onerosidad un hecho súbito e *imprevisible*, especialmente, si se tiene en cuenta que “la onerosidad empieza allí donde termina el riesgo o el “*alea*” normal”<sup>122</sup>. Por consiguiente, cabe la posibilidad que sobrevenga paulatinamente, incluso que se geste en un largo período de tiempo a sabiendas del deudor. Las oscilaciones dentro de la órbita del riesgo asumido quedan fuera de la excesiva onerosidad, sin embargo, alcanzada una determinada cota, la equivalencia de las prestaciones puede quedar sustancialmente alterada. Conviene tener presente que “se puede prever el hecho productor pero no los efectos que en el contrato lleva aparejado el mismo”<sup>123</sup>; y, por ello, puede predicarse ante situaciones previsibles<sup>124</sup>.

Consideramos que, en el fondo, esta objeción lleva implícita una interpretación errónea de lo que debe entenderse por “hecho previsible”. Estas críticas parten de una traslación del concepto de “previsible”, propio de la imposibilidad objetiva, al ámbito de la excesiva onerosidad. Lo cual es inexacto e implica una visión sesgada de la cuestión, especialmente, si se tiene en cuenta que los “presupuestos de una [la imposibilidad sobrevenida] y de otra figura [excesiva onerosidad] son diferentes, distinta es la justificación respectiva y, desde luego, son diametralmente opuestos los efectos que de la misma se derivan”<sup>125</sup>.

El concepto de imprevisibilidad aplicable a la imposibilidad objetiva y a la excesiva onerosidad no es uniforme, sino que ambos responden distintamente, en función de la naturaleza heterogénea de la causa liberatoria. Tal y como se ha apuntado, contratar es prever, lo que implica la asunción de una serie de riesgos, en virtud de los cuales, cada contratante compromete una parte de su patrimonio a la espera de una determinada contraprestación. Los

---

<sup>121</sup> CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 120.

<sup>122</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 89.

<sup>123</sup> DÍAZ CRUZ. *La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado*, op. cit., p. 548.

<sup>124</sup> Por otro lado, como se ha apuntado, entra dentro del funcionamiento ordinario de los mecanismos de tutela del ordenamiento jurídico la supervisión del fenómeno económico en todas sus fases de ejecución, sin que sea dable predicar como un hecho fuera de lo común o ajeno al Derecho la extensión de la tutela jurídica a un momento posterior a la perfección del convenio.

<sup>125</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 122; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Expedientes de regulación de empleo*. Trotta. Madrid, 1993, p. 25. Por lo tanto, no puede aceptarse, como apunta DEL VALLE VILLAR, que “la tesis de la excesiva onerosidad sobrevenida sólo se explica por referencia a la tesis de la extinción de las obligaciones por imposibilidad, y en esta vinculación encuentra su servidumbre. La excesiva onerosidad pretende evitar la injusticia que, en ciertos casos, puede derivarse de la aplicación estricta de la extinción de las obligaciones por imposibilidad prestacional”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 81.

acuerdos contenidos en un contrato integran la proyección de los riesgos que las partes *en el momento de su celebración* están dispuestas a asumir a lo largo de su vigencia. Por lo tanto, el parámetro “imprevisibilidad” referido a la excesiva onerosidad, hace referencia a circunstancias *no previstas en el momento de la perfección del contrato*, es decir, “imprevisión” cuando quedó estipulada la equivalencia de las prestaciones.

La diligencia exigible al deudor debe verificarse en el momento en el que quedaron fijadas las prestaciones, debiendo asumir personalmente los costes derivados de una valoración subjetiva errónea. Si en el momento de celebración del contrato el deudor fue diligente al valorar adecuadamente los riesgos y pactó una determinada contraprestación, debe quedar liberado de los riesgos sobrevenidos que acontezcan con posterioridad que excedan del “*alea*” originariamente convenido (siempre y cuando, evidentemente, no concurra culpa o negligencia).

En consecuencia, asumiendo estos parámetros, la excesiva onerosidad no sólo no impide la posibilidad de atender a situaciones no excepcionales de la empresa, sino que también fundamenta adecuadamente las sucesivas reorganizaciones que, cada cierto tiempo acontezcan y cuya necesidad se vaya haciendo progresivamente evidente para el empresario, siempre que fueran *imprevistas al perfeccionarse el contrato*. Si se acepta esta hipótesis y si hoy en día - y la observación es de RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN - “lo imprevisto es la regla”<sup>126</sup>, la excesiva onerosidad es una construcción que se adapta perfectamente al escenario económico y social contemporáneo<sup>127</sup>. Por tanto, a diferencia de lo que sostiene CRUZ VILLALÓN, la excesiva onerosidad puede alegarse con la “aparición de una necesidad perentoria, aun cuando ésta sea perfectamente previsible”<sup>128</sup>.

Lo extraordinario no es una cualidad exigible al hecho que la motiva, sino a la desproporción en la equivalencia originaria de las prestaciones. En suma, la cuestión puede

---

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 109.

<sup>127</sup> Si bien es cierto que son difícilmente reconducibles al ámbito de la imposibilidad objetiva “aquéllos fenómenos que, independientes de la voluntad del empresario e incluso derivados de la naturaleza no tienen para éste el carácter de absolutamente imprevisibles, bien porque la índole de su actividad los haga en alguna medida – aunque mínima – pensables, bien porque, dado el marco en que se lleva a cabo la actividad, sean previsibles”. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 84. Sin embargo, no cabe la menor duda que estas mismas situaciones se integran perfectamente en el ámbito de la excesiva onerosidad, pues forman parte de los *hechos imprevistos*.

<sup>128</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 116. En términos similares, entre otros, LÓPEZ-FARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 71. En cambio, la imprevisibilidad en la imposibilidad objetiva hace referencia a circunstancias de naturaleza “física” que afectan al objeto del contrato, lo que exige una constante verificación de la diligencia del deudor. MONTOYA MELGAR. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 98: “El hecho definitivamente obstativo de la continuidad de la prestación en que consiste la fuerza mayor ha de ser precisamente un acacimiento que se oponga a la relación laboral en sentido estricto”, debe imposibilitar el trabajo. Por tanto, sí es exigible el acacimiento de alteraciones súbitas y extraordinarias, puesto que, el deber de diligencia es constante y no decae y su supervisión se sucede en el tiempo, a medida que se ejecutan las prestaciones. Por este motivo, la doctrina ha destacado para la imposibilidad objetiva el carácter equivalente entre la imprevisibilidad y la inevitabilidad. FERNÁNDEZ HIERRO. *La modificación del contrato*, op. cit., p. 74 y 75. En cambio, en la excesiva onerosidad no existe una equiparación plena entre lo imprevisto y lo inevitable.

sintetizarse, en palabras de SUÁREZ GONZÁLEZ, del siguiente modo: “para configurar la imposibilidad es necesario que el hecho sea de tal naturaleza que los contratantes no hayan podido preverlo o que, previsto, no lo hayan podido evitar, para encontrarse ante una situación de excesiva onerosidad sobrevenida basta que la causa sea imprevista y no atribuible al deudor. El ámbito, pues, de aplicación de la imposibilidad sobrevenida es, en nuestro Derecho del trabajo, mucho más restringido que el de la excesiva onerosidad, porque más restringido es el ámbito de los hechos imprevisibles e inevitables, que el ámbito de los hechos simplemente imprevistos e inimputables”<sup>129</sup>.

Relacionado con la naturaleza del evento que la origina, tampoco se puede fundamentar la crítica atendiendo a los orígenes de la institución y a los riesgos que motivaron su creación, porque el escenario social, productivo y económico imperantes en aquél momento son radicalmente diferentes a los existentes en la actualidad<sup>130</sup>. No obstante, este argumento, lejos de descartar la validez de la excesiva onerosidad, la confirma. Si bien es cierto que originariamente el Legislador tiene cierto “apego” al término “crisis”<sup>131</sup> y que dicha noción ha acompañado al Derecho del Trabajo, al menos de forma intermitente, a lo largo de su historia<sup>132</sup>, la negatividad propia de este concepto no monopoliza el concepto de excesiva onerosidad. Se trata de una cuestión de técnica legislativa, que hunde sus raíces en las tesis primigenias ceñidas a la lógica de la imposibilidad objetiva, sin que denote una cualidad inmanente de la excesiva onerosidad, aunque *casi* haya llegado a “estigmatizarla”.

La referencia a la “crisis” en los primeros textos legislativos, probablemente deriva de las construcciones doctrinales que, ante la laguna del Código Civil, trataban de reconducir los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias al ámbito de lo que la doctrina denominaba imposibilidad “subjetiva” o también “económica”. Al acudir a la fórmula de la imposibilidad en el cumplimiento de las prestaciones, automáticamente se incorpora todo el acervo teórico que la fundamenta, y muy especialmente, los conceptos de “crisis irreversible” o “situación empresarial de necesidad extrema” o “definitivas o extremadamente críticas”<sup>133</sup>. Sin

---

<sup>129</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 173. En términos similares, PUIG BRUTAU, cit. ESPERT SANZ. *La frustración del fin del contrato*, op. cit., p. 142. No obstante, un sector de la doctrina civil partidaria de la tesis de la excesiva onerosidad (MOSCO), a nuestro modo de ver, “inspirada” en la lógica de la imposibilidad objetiva, exige la “verificación de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”. ESPERT SANZ. *La frustración del fin del contrato*, op. cit., p. 149.

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 108; y CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 119.

<sup>131</sup> *Vid.* al respecto RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 40 y ss.

<sup>132</sup> PALOMEQUE LÓPEZ. *Crisis económica y regulación de empleo*, op. cit., p. 248 y ss.

<sup>133</sup> Términos recogidos por MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 693 a 695. De hecho, estos autores hablan de crisis irreversible y excesiva onerosidad como términos alternativos. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 106.

negar que la noción de crisis puede sintetizarse como una “patología extrema e insuperable”<sup>134</sup> o bien “como una coyuntura patológica de la relación jurídica”<sup>135</sup>, debe advertirse que estos términos son más cercanos al acaecimiento de efectos imposibilitantes previsiblemente definitivos que a la excesiva onerosidad<sup>136</sup>. Por consiguiente, en la medida que se interpreta como un mero desarrollo del art. 1184 CC, no es extraño que se tiña de altas dosis de “dramatización”.

La doctrina y la jurisprudencia contemporánea a la vigencia del DCr’44, entiende que la resolución del contrato por crisis sólo es posible si provoca la cesación de la industria<sup>137</sup>. Según DEL VALLE, durante el franquismo se identifica *deliberadamente* la situación de crisis con la imposibilidad objetiva, con el fin de garantizar la continuidad del contrato de trabajo, fortaleciendo el principio de estabilidad<sup>138</sup>. Además, la identificación de la resolución del contrato a las situaciones críticas es utilizado como un mecanismo (escasamente eficaz, ciertamente) para contener la arbitrariedad administrativa<sup>139</sup>.

A pesar de que el DPE’72 trate de desenganchar a la regulación de empleo de la noción originaria de crisis<sup>140</sup>, la estela de esta concepción permanecerá vigente en la jurisprudencia<sup>141</sup> y en la doctrina<sup>142</sup>, por lo menos, hasta las Leyes de Reforma del Mercado de Trabajo de 1994<sup>143</sup>.

---

<sup>134</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 822.

<sup>135</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 119.

<sup>136</sup> De hecho no puede afirmarse, como sostiene CRUZ VILLALÓN, que “todas las tesis civiles parten de una situación irreversible, bloqueada y definitiva, en la que igualmente debe darse una solución definitiva” (CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 117), porque si bien podría predicarse, por ejemplo, respecto de la imposibilidad objetiva, no puede extenderse a todos los supuestos de excesiva onerosidad.

<sup>137</sup> Entre otros, BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 53; y ALONSO GARCÍA. *Derecho del Trabajo*. Bosch. Barcelona, 1960, p. 538; BLANCO. *Las prestaciones del Mutualismo Laboral a los trabajadores en paro forzoso*. RT n° 23, 1957, p. 67. ALONSO OLEA por su parte, califica la crisis, como veremos, como un supuesto de fuerza mayor. ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 63 y ss. También, PÉREZ BOTIJA. *El contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1954, p. 230. PÉREZ SERRANO, citado por MANRIQUE LÓPEZ, vincula la imposibilidad objetiva con la excesiva onerosidad, dado que en supuestos de “imposibilidad económica” entiende que debe concederse al juez la posibilidad de revisar los contratos siempre que resultasen excesivamente onerosos. MANRIQUE LÓPEZ. *La modificación de la base del negocio jurídico convenido colectivamente*, op. cit., p. 60. Según DE LLUIS Y NAVAS, comentando la Circular de 30 de enero de 1941, afirma que ésta indicaba que “en las autorizaciones de crisis se debía seguir un criterio restrictivo, sin perjuicio de otorgar el permiso de cierre o reducción en los casos de *extraordinaria imposibilidad* para el mantenimiento y subsistencia de la empresa”. DE LLUIS Y NAVAS. *Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales*, op. cit., nota 53, p. 78 y 79 [la cursiva es nuestra].

<sup>138</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 74 y 106. El TS, por su parte, manifestó de forma reiterada que la resolución de que habla el art. 1124, sólo es posible cuando se demuestre de modo indubitado “bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que, de modo absoluto y definitivo, lo impida” (SSTS 9 marzo 1950; 2 enero 1961; y 25 marzo 1964).

<sup>139</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Lo individual y lo colectivo en el despido “objetivo”*, op. cit., p. 96; y DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 74. Algún autor destaca el trasfondo esencialmente político implícito en la intervención administrativa. CREMADES. *Las prestaciones por paro debido a la reconversión de industrias y crisis de trabajo en el VIII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo*. RISS n° 5, 1969, nota 17, p. 988.

<sup>140</sup> *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ. *Crisis económica y regulación de empleo*, op. cit., p. 257. Con carácter previo, algunas disposiciones empiezan a apuntar una clara separación conceptual entre la imposibilidad objetiva y la excesiva onerosidad. Afirmación, que a diferencia de lo que sostiene un sector de la doctrina, no debe calificarse como una “expansión del concepto” de crisis económica (RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 57), sino en un progresivo

La tendencia a vincular las situaciones de crisis a la imposibilidad objetiva, explica, en parte, los motivos por los cuales se rechaza la teoría de la excesiva onerosidad. En la medida que integra el *lucrus cessans* y el *dannum emergens* se convierte en una construcción “peligrosa” para los propósitos político-jurídicos de determinados escenarios históricos. Parámetros que, por

---

reconocimiento de la autonomía conceptual de la excesiva onerosidad. Tránsito que puede apreciarse con claridad en el Decreto del Ministerio de Trabajo 16 de junio 1954 (BOE 25 de julio), que crea la Caja Nacional del Seguro del Paro Tecnológico. Esta norma pretende conceder subsidios a los trabajadores fijos, cuya cesación en el servicio de una empresa no agrícola hubiese sido oficialmente autorizada, como consecuencia de la introducción en la misma de mejoras de carácter técnico o de nuevos métodos de trabajo, que den lugar a un incremento de su productividad. Conforme a esta norma, se desvincula la extinción del contrato de las situaciones de crisis empresariales, más cercanas a la imposibilidad objetiva que a la excesiva onerosidad sobrevenida. En esta misma línea se mueve la Orden 31 de marzo 1955 (BOE 2 de mayo), que establece las normas de concesión del seguro de desempleo por reducción de plantillas con causa en razones de carácter técnico, en desarrollo del Decreto 16 de junio 1954. Un nuevo paso en este proceso, se observa en el Decreto 2082/1959, 26 de noviembre (BOE 28 de noviembre), que regula el subsidio de paro para los supuestos de crisis económica. La importancia de esta norma, a los efectos que nos ocupa, reside en que el hecho de que lejos de utilizar el término “crisis” se acude al de “dificultades de orden económico” (art. 1). Posteriormente, la Orden 11 de diciembre 1959 (BOE 16 diciembre), que desarrolla el Decreto 2082/1959, enumera las situaciones subsumibles en las mencionadas “dificultades”. Un somero repaso de las mismas, permite observar que el Legislador está pensando en situaciones no identificables estrictamente con la imposibilidad objetiva (defectos de estructura, mala situación financiera, entre otras – art. 1). El Decreto 3 de marzo 1960 (BOE 7 de marzo) amplía el ámbito del Decreto de 1959, incluyendo las causas tecnológicas. En términos similares, se expresa la Orden 9 de marzo 1960 (BOE 16 de marzo), aunque utilizando, por primera vez, el término “causas económicas y tecnológicas” (que, como expone RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN, a partir de este momento “se hará fuerte en nuestro ordenamiento” – *op. cit.*, p. 57).

<sup>141</sup> Entre otras, SST'S [C-A] 23 de diciembre 1987 (RJ 9609); [C-A] 6 de abril 1984 (RJ 1899); [C-A] 4 de noviembre 1981 (RJ 4162).

<sup>142</sup> Baste como ejemplo, las breves síntesis de los planteamientos de un sector de la doctrina. Según DURÁN LÓPEZ (comentando RDLRT<sup>77</sup>), “existe, por tanto, en mi opinión, una identidad sustancial entre la extinción de las relaciones de trabajo por causas tecnológicas o económicas (o derivadas de fuerza mayor) y la causa de despido contemplada en el art. 39.1.c) [RDLRT<sup>77</sup>], identidad sustancial sólo alterada por la mera concreción individual del despido en el segundo de los supuestos mencionados”. DURÁN LÓPEZ. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*, *op. cit.*, p. 94 y 95. Vigente el ET<sup>80</sup>, DIÉGUEZ CUERVO sostiene que en el fondo es una imposibilidad objetiva la que subyace en los supuestos de extinción de los contratos. DIÉGUEZ CUERVO. *Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites*. REDT n° 27, 1986, p. 327. MARTÍNEZ GIRÓN sostiene que la expresión “despidos por crisis” “es mucho más significativa [que el de *despidos* colectivos] y jurídicamente precisa que aquella”. Y ello por tres razones: (1) tradición jurídica; (2) identifica los elementos configuradores de estas causas extintivas, “todas ellas reveladoras de crisis”; y (3) porque obvia los equívocos derivados de la utilización del término colectivo. MARTÍNEZ GIRÓN. *Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, Madrid 1993, p. 790. Según SANTOS FERNÁNDEZ es “necesario acreditar la inviabilidad económica de la empresa, hasta el punto de que, sólo puede articularse un despido por causas económicas si se demuestra que el desequilibrio financiero es tal que es imposible mantener el nivel de empleo sin poner en peligro la continuidad de la empresa”. SANTOS FERNÁNDEZ. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada 1996, p. 489 y 490. En términos similares, MOLERO MANGLANO. *Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I a III)*. AL 1989 - III, p. 539 y 556; y ALBIOL MONTESINOS. *Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (I y II)*. AL 1991 - I, p. 122. Finalmente, como apunta DEL REY GUANTER, la normativa anterior a 1994, “era la situación económica crítica de la empresa la que justificaba la extinción”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 177. *Vid.* al respecto también, CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*. En “Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”. (Dir. Aramendi Sánchez). CGPJ, 1996, Madrid, p. 36.

<sup>143</sup> *Vid.* DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 106 y 134; GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 361 y 362; y GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995, p. 113; NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 55 a 57. No obstante, como apunta MONTOYA MELGAR, a pesar de la reforma de 1994, “fueron bastantes las sentencias que aplicaron la nueva legislación con los criterios de la precedente”, por lo que “la interpretación judicial redujo los efectos de la reforma en esta materia”. MONTOYA MELGAR. *La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*, *op. cit.*, p. 67. En términos similares, SELLAS I BENVINGUT. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, *op. cit.*, p. 103.

otra parte, en la actualidad *encajan perfectamente* en la lógica política y económica imperante. La paulatina incorporación de formulaciones paralelas al término “crisis laboral y económica”, aparecidos – sobre todo - a partir de los años 50, tales como “causas”, “razones” y “motivos” económicos, tecnológicos productivos u organizativos<sup>144</sup>, lejos de rebatir la adecuación de la excesiva onerosidad, la van confirmando progresivamente. Esto es así porque reafirma su progresiva separación e independencia normativa con respecto a la imposibilidad objetiva. En este sentido, conviene no olvidar que “la excesiva onerosidad no es un punto de partida para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida, sino que en uno y otro supuesto nos movemos en diferentes esferas jurídicas entre las que no existe especial comunicación, ni mucho menos escalonamiento”<sup>145</sup>. A medida que la legislación incorpora tales parámetros se produce su paulatino reconocimiento normativo como categoría jurídica autónoma.

En suma, el acaecimiento de un hecho brusco (imprevisible), que desequilibra sobrevenidamente el cumplimiento de las prestaciones, desplazándolo a situaciones críticas, no puede predicarse como el escenario paradigmático que motive una excesiva onerosidad, o al menos, no el único. Por lo tanto, la crisis, entendida como un “desequilibrio negativo en sí mismo”, no es un elemento que sustancialmente determine la fundamentación dogmática de la excesiva onerosidad, exigiendo esta “connotación peyorativa” a la totalidad de situaciones subsumibles en su concepción teleológica<sup>146</sup>.

De lo expuesto en cuanto a la “crisis”, se desprende que tampoco contradice la naturaleza de la excesiva onerosidad, como causa exoneratoria del cumplimiento, las operaciones calificadas como “voluntarias”<sup>147</sup> o “finalistas”<sup>148</sup>. Esto es, no vinculadas a una situación de crisis, crítica o irreversible de la empresa, sino realizadas de cara a mejorar la posición competitiva de la empresa. Tesis que, a nuestro juicio, comprende dos objeciones a la excesiva onerosidad: primero, se niega su validez, porque se entiende que no forma parte

---

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN destaca que en la legislación laboral (especialmente a partir de los años 50) aparecen expresiones como “mejoras técnicas”, “nuevos métodos de trabajo”, “incremento de la productividad”, “situaciones coyunturales económicas”, “dificultades de orden económico o circunstancias de reorganización de carácter tecnológico”, “mejor organización y productividad de las empresas”, “adecuada movilidad del trabajo”, “necesidad de funcionamiento de la empresa”, etc. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 76 y 115 y ss. *Vid.* también, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 103.

<sup>145</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 122.

<sup>146</sup> En consecuencia, a estos efectos, no tiene excesiva trascendencia el hecho de que el término “crisis” denote cierta “negatividad originaria”, mientras que la negatividad de término “causa”, “pueda no existir en cuanto tal negatividad”, siendo por tanto una “negatividad derivada”. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 75. De todos modos, un sector de la doctrina ha criticado la interpretación del término crisis que propone este autor, dado que también es posible incluir “fenómenos de mejora y adaptación empresarial”. **DURÉNDEZ SÁEZ**. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 165, nota 37.

<sup>147</sup> **ALMANSA PASTOR**. *El despido nulo*. Tecnos. Madrid, 1968, p. 133; **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 116. En contra, **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido laboral y los expedientes de crisis*. Ediciones Deusto. Bilbao, 1969, p. 192.

<sup>148</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 692.



inmanente de su significado el lucro cesante; y, segundo, porque se achaca el desequilibrio contractual a la acción del deudor (el empresario)<sup>149</sup>. Se afirma que, en ocasiones, la causa es la medida empresarial misma, la propia decisión del empresario<sup>150</sup>.

En cuanto a la primera, debe descartarse si se acepta como válido el concepto de excesiva onerosidad que se sostiene en este trabajo. En cuanto a la segunda, conviene hacer una distinción entre la decisión del empresario de introducir una determinada mejora y el motivo por la cual la realiza. O, de otro modo – en términos de SUÁREZ GONZÁLEZ - distinguir entre un “hecho propio” y cuando ese hecho se concrete en una culpa<sup>151</sup>.

Sin duda, debe partirse de la base de que - en palabras de LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ - “la organización del trabajo no es algo aséptico o neutral, ni viene predeterminada (...) por la propia ‘naturaleza de las cosas’, sino que, por el contrario, es el reflejo de unos intereses, aquellos que tienen en juego los que directa o indirectamente “intervienen” en el proceso productivo”<sup>152</sup>. Por lo tanto, sólo a través de la averiguación de la función que cumple la alteración de las condiciones que propone el empresario puede deducirse el sentido que debe atribuirse al concepto de causas de empresa para su aplicación<sup>153</sup>.

Por consiguiente, con carácter previo a la decisión, el empresario debe valorar la situación de la empresa y, especialmente, la utilidad que objetivamente obtiene (o que ha dejado de obtener) de las prestaciones contractualmente acordadas. Esta evaluación previa de la organización productiva, no aisladamente considerada, sino con respecto a su posición en el mercado y las probabilidades de que su viabilidad se encuentre amenazada en un nuevo contexto “ambiental”, es la que configura las necesidades reorganizativas que objetivamente precisa la actividad productiva.

Como se sabe, la adopción de estas medidas se inscribe dentro de una lógica causal, exigiéndose la existencia de un desequilibrio previo motivado por una circunstancia sobrevenida, quedando excluidas las decisiones arbitrarias o derivadas de apreciaciones meramente subjetivas<sup>154</sup>. Por lo tanto, la decisión sólo se justifica si concurre una *causa*

---

<sup>149</sup> Es decir, “inserción dentro de la esfera de influencia del empleador”. **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS.** *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, *op. cit.*, p. 693.

<sup>150</sup> **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ.** *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>151</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>152</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 21. El mismo autor sostiene que, “en realidad, el legislador ha pretendido una prefiguración objetiva de las causas de las modificación que, aparte de ser inútil, resulta engañosa (...), pues (...), en términos generales, no existen exigencias organizativas o técnicas, ni gozan de la presunción de acierto o bondad, en sí mismas consideradas, es decir, desvinculadas de la finalidad perseguida en y con el proceso productivo, y separadas de los intereses de las partes” (p. 99).

<sup>153</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>154</sup> **LUQUE PARRA.** *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 273. En contra, PRADOS DE REYES afirma que “La consideración de la empresa como estructura objetiva cuyos condicionantes introducen una articulación específica en el desarrollo de las relaciones de trabajo se sustituye por la consideración de aspectos que afectan a la situación subjetiva del empresario y desde esta perspectiva por la función que aquélla cumpla en el

*objetivada*, es decir, si se posibilita el desarrollo y el mantenimiento de la actividad productiva (objetivo que hoy en día se justifica que con estas medidas se garantiza la competitividad de la empresa). Lo que, en coherencia con lo apuntado anteriormente, permite afirmar que existe una objetivación del interés empresarial<sup>155</sup>. Como apuntan MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS (vigente el TRET), “la norma (...) [requiere] la ‘necesidad objetivamente acreditada’, criterio que no debe confundirse con el de la *mera conveniencia del empresario* en obtener la mayor economicidad en la gestión o el máximo de beneficio posible. Ello implica pues, una valoración objetivada de las exigencias de la organización productiva, objetivando a su vez de este modo los intereses del empleador, este último no contemplado ni amparado por la norma”<sup>156</sup>.

Evidentemente, como ya se ha expuesto, la decisión es “voluntaria” del empresario (podría perfectamente no adoptarla – encajando, por cierto, con la conceptualización de la excesiva onerosidad)<sup>157</sup>, pero lo trascendente es que la causa que la motiva no le sea atribuible, es decir, no derive de operaciones y comportamientos (acciones u omisiones) que carezcan de la diligencia debida<sup>158</sup>. De otro modo, se estaría ante un incumplimiento contractual imputable<sup>159</sup>. Por consiguiente, en la medida que las operaciones meramente reorganizativas, lejos de denotar un comportamiento “culpable”, “constituyen una actividad preventiva basada

---

proceso de la ejecución patrimonial”. PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos e insolvencia del empresario*, op. cit. (versión digital).

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Lo individual y lo colectivo en el despido “objetivo”*, op. cit., p. 98; y NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 820.

<sup>156</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 57. Siguiendo a DESDENTADO BONETE, a la hora de apreciar la existencia de la causa alegada y su relación con la medida empresarial, es evidente que el empresario no ostenta discrecionalidad alguna, sino que se trata de una aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, lo que excluye la posibilidad de elegir entre dos alternativas posibles, pues, como se sabe, éstos incluyen una “unidad de solución justa” (*vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte). Ahora bien, esta apreciación no impide que el empresario esté facultado para elegir la medida empresarial que estime más conveniente, por lo que el control judicial o administrativo debe respetar este margen de decisión empresarial. Por ello, “el control debe garantizar la adecuación entre las medidas extintivas [modificativas o suspensivas] propuestas y las causas económicas, pero tiene que respetar la libertad del empresario para elegir entre las medidas laborales y otro tipo de acciones cuando éstas excedan del ámbito normal de la gestión”. DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 268 y 269.

<sup>157</sup> Circunstancia que, en modo alguno, puede calificarse como contradictoria con la lógica de la excesiva onerosidad, pues el deudor es libre de seguir ejecutando el contrato a pesar de los perjuicios que ello le irroga.

<sup>158</sup> ROCA SASTRE, a la hora de describir los requisitos que deben concurrir para que se dé la facultad de resolución contractual por excesiva onerosidad, exige que “el desequilibrio sea independiente de cualquier acción dolosa de las partes”. ROCA SASTRE. *Estudios de Derecho Privado*, op. cit., p. 248. Requisito que en la actualidad también ha recogido la jurisprudencia, *vid.* al respecto, STSJ Navarra 26 de septiembre 1995 (AS 3172); y STSJ Baleares 19 de abril 1996 (AS 1367), *cit.* LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., nota 266, p. 273.

<sup>159</sup> En mi opinión, se confunden estos términos cuando se asevera que “la introducción de nuevos procesos tecnológicos produce un desequilibrio en las prestaciones del contrato de trabajo, y como tal, una situación que también puede llamarse crisis; crisis que, no cabe duda, es producto de la voluntad consciente y deliberada del empresario, y que, además, no va a producir perjuicio al empresario, sino, por el contrario y normalmente, una mejor y más beneficiosa producción”. ALMANSA PASTOR. *El despido nulo*, op. cit., p. 133 y 134. Del mismo modo, cuando se afirma que “para la ordenación normativa laboral no es requisito para la operatividad causal la ausencia de responsabilidad empresarial o influencia de su voluntad en la creación del desequilibrio económico u organizativo”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 84, p. 693.

en previsiones empresariales *pro futuro*<sup>160</sup>, son perfectamente subsumibles en el ámbito de la excesiva onerosidad<sup>161</sup>.

De todos modos, lo cierto es que en la práctica no sólo resulta extraordinariamente complejo precisar hasta qué punto la falta de diligencia del empresario ha contribuido a la situación de la organización productiva; sino también precisar los contornos de la necesidad y la conveniencia empresarial<sup>162</sup>.

Puede afirmarse, por tanto, primero, que las situaciones de crisis no constituyen el escenario paradigmático de la excesiva onerosidad y que, desde un punto de vista jurídico, puede fundamentar suficientemente las operaciones calificadas como “finalistas”<sup>163</sup>. Y, segundo, que finalmente la teoría de la excesiva onerosidad finalmente ha encontrado una plasmación normativa a partir de la reforma de 1994.

Para concluir, como valoración final de las objeciones expuestas, puede afirmarse que el concepto de excesiva onerosidad sobrevenida ha sido malinterpretado por la doctrina laboral. Una muestra de ello puede hallarse en las palabras de MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, cuyo planteamiento - aunque reconducido a la figura genérica de la alteración sobrevenida de las circunstancias - puede integrarse sin estridencias en la doctrina de la excesiva onerosidad sobrevenida que se defiende. Concretamente, afirman que “nos encontramos ante un defecto funcional o alteración de la causa o función económico-social del contrato de trabajo derivada

---

<sup>160</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 692. En relación al carácter preventivo vinculado a las causas técnicas, organizativas o de la producción, vid. DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 169 y 170; y LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 273 y 274.

<sup>161</sup> En la actualidad, la discusión, jurisprudencial y doctrinal, se está centrando en las situaciones en las que se pretende la resolución contractual a raíz de una externalización de funciones, especialmente porque la causa que se alega para legitimar la decisión extintiva es la propia decisión de externalizar unos servicios, por lo que el desequilibrio no es previo a la decisión empresarial sino una consecuencia de la misma (*Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte).

<sup>162</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 58. Como apuntan estos autores, en la actualidad, la “procedimentalización del proceso decisorio con participación de los trabajadores se presenta altamente idónea para una adecuada ‘objetivación’ de las necesidades de la organización productiva desde la interacción de los intereses en conflicto, en una lógica conjugadora de la admisión del conflicto bajo una perspectiva de cooperación” (p. 152).

<sup>163</sup> Por lo tanto, quedan comprendidas las situaciones en las que la necesidad del ajuste de plantilla se configure no sólo como imprescindible, sino como razonable (DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 115); supuestos de reorganización productiva o por cambios que pudieran operarse en el producto, sin que tengan que relacionarse “de por sí con situaciones económicas críticas” (DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 177); o en situaciones no estrictamente negativas como las crisis (RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 110); o cuando esté amenazada la viabilidad de la empresa (GARCÍA FERNÁNDEZ. *Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial*. AL 1995 - I, p. 79 a 81); situaciones cotidianas de la empresa (CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 119); operaciones finalistas (...) sin que se requiera un marco de desequilibrio económico u organizativo (aunque de indudable proyección económica) sobrevenido (MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 692); existencia de una coyuntura empresarial de dificultad (SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 42).

de la actualización de una necesidad o exigencia objetivada de la organización productiva jurídicamente relevante en la fase de ejecución del mismo, encuadrable desde un punto de vista técnico-jurídico en la más amplia teoría de la alteración o modificación sobrevenida de circunstancias, que se caracteriza *por su previsibilidad, por la innecesariedad de un desequilibrio económico sobrevenido (sino solamente una pérdida comparativa de utilidad o lucro cesante) o de una situación crítica de corte excepcional*, pues resulta destacable el *desapego normativo al concepto de crisis entendida como inviabilidad manifiesta e irreversible de la empresa*<sup>164</sup>.

Exposición que, pese a su plena adecuación con lo que se defiende en este epígrafe, debe complementarse con la referencia a la estabilidad en el empleo y, el fomento de la continuidad de la actividad productiva como medida para alcanzarla. Extremo que se analiza con mayor detalle a continuación.

### ***2.2.3.- Tercer enfoque: conceptualización de la excesiva onerosidad sobrevenida y el marco constitucional.***

En nuestro objetivo de proceder a una definición precisa de la excesiva onerosidad sobrevenida como categoría dogmática vigente en el ordenamiento jurídico laboral, el enfoque constitucional se erige en un elemento corroborador de nuestros planteamientos definitivo.

Si aceptamos que para las facultades que posibilitan la subversión de lo acordado de trabajadores y empresarios es exigible una *fundamentación dogmática común* (pues, ambas son idénticas), no puede afirmarse que la libertad de empresa o la función social de la propiedad suministren cobertura suficiente al sacrificio del derecho al trabajo, como sostiene GOERLICH PESET<sup>165</sup>. A nuestro entender, como se ha avanzado, la existencia de estas facultades

---

<sup>164</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, *op. cit.*, p. 697 y 698 [la cursiva es nuestra]. En términos similares, **ALAMEDA CASTILLO**. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, *op. cit.*, p. 156: “se produce un defecto funcional o alteración en la causa o función económico-social del contrato de trabajo derivada de la actualización de una necesidad o exigencia objetiva de la organización productiva jurídicamente relevante en la fase de ejecución del mismo, encuadrable en la más amplia alteración o modificación sobrevenida de circunstancias, caracterizada por su posible previsibilidad y por la innecesariedad de un desequilibrio económico sobrevenido o de una situación crítica de corte excepcional, siendo necesario, únicamente, en el campo de las categorías jurídicas, una pérdida comparativa de utilidad o lucro cesante”. *Vid.* también, **MONEREO PÉREZ**. *Art. 51*, *op. cit.*, p. 616. En términos similares, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 32; y **FERNÁNDEZ BERNAT**. *Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52 c) ET*, *op. cit.*, p. 572.

<sup>165</sup> **GOERLICH PESET**. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*. En “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (Dir. Pérez de los Cobos Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005, p. 247. No obstante, la doctrina también ha apuntado otras deficiencias de esta fundamentación. **ROMÁN DE LA TORRE**, negando la validez del art. 38 CE como fundamento último de las facultades empresariales (concretamente, el art. 41 ET<sup>80</sup>) y reconduciéndolo al reconocimiento normativo, sostiene que “el error de base viene constituido en buena medida por esa continua identificación de las facultades organizativas generales del trabajo que arrancan de su libertad para gestionar libremente los factores productivos y que preexiste a la propia relación laboral individual, apoyada jurídicamente en la libertad de empresa, y las facultades organizativas laborales, sometidas a una rama específica del Derecho, y que sólo se ejercen en la medida en que ésta las reconoce o las canaliza”. **ROMÁN DE LA**

contractuales, como derivación de una onerosidad excesiva sólo cobra sentido desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo. En síntesis, la *norma habilita* a las *partes* del contrato a que, en *determinadas circunstancias*, no respeten la firmeza de la regla “*pacta sunt servanda*”, redistribuyendo los riesgos inicialmente previstos, porque con ello se *aspira* a salvaguardar la continuidad de la relación laboral. Por ello, los límites del conflicto *no pueden* quedar descritos a partir de la confrontación entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo; sino que, y aunque pueda resultar paradójico, *quizás* cabría plantearse si no *sería más ajustado* afirmar que *es al amparo del derecho al trabajo, ex art. 35 CE, que se legitima la facultad de los empresarios y trabajadores para alterar lo acordado*. Afirmación que, conviene puntualizar, en modo alguno pretende negar el reconocimiento del poder de dirección del empresario, ni su derecho a la consecución del beneficio económico, derivado de la libertad de empresa y del derecho de propiedad privada.

La posibilidad de desprenderse no sólo de las prestaciones inservibles, sino también de las que han dejado de ser rentables, es admitida fundamentalmente porque el Legislador estima que con ello garantiza el mantenimiento del empleo. Si la continuidad del empleo no estuviera *intrínsecamente comprometida*, difícilmente podría aprehenderse cabalmente el diseño legislativo de las vicisitudes contractuales derivadas de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Planteamiento que, mientras que no plantea excesivas objeciones cuando se refiere a las facultades de variación reconocidas a los trabajadores, exige un mayor esfuerzo de concreción cuando se habla de las facultades empresariales y, especialmente, cuando se justifican en las denominadas causas de empresa. Extremo que centra el análisis que sigue.

Como observación previa y anticipando la conclusión, debe entenderse que al subordinarse la continuidad contractual a la viabilidad del proyecto empresarial, es precisamente gracias a la alteración (o sacrificio) de lo pactado que se salvaguarda el empleo, porque ello garantiza la continuidad de la actividad productiva; sin que, en la actualidad, sea exigible, como se ha expuesto – y este extremo es sumamente relevante – que la situación de la empresa sea patológica o cercana a la crisis definitiva. Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, en este sentido, la competitividad como condición imprescindible para garantizar la continuidad de la actividad productiva juega un papel capital. Si se acepta que la función originaria y permanente del Derecho del Trabajo es la protección del trabajo, es claro que cualquier solución técnica dirigida a permitir la adaptación de las empresas debe plantearse como un medio para alcanzar principalmente dicho propósito.

La columna vertebral de todo este planteamiento es la aceptación de la existencia de un *interés de empresa* desvinculado del interés subjetivo del empresario (esto es, su mera conveniencia). Esto es, la asunción de lo que se califica como *el principio de favor hacia la empresa*,

---

**TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 98. En términos similares, **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *El poder disciplinario en la empresa, op. cit.*, p. 32; y **VALDÉS DAL-RE.** *Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral.* RL 1993 - I, p. 30.

que parte de una “concepción objetivadora de la empresa y de la existencia de un *interés objetivo de la empresa*”<sup>166</sup>. Si bien es cierto que, en principio, no puede identificarse la concurrencia originaria de un fin común (calificable como un objetivo económico-productivo), pues el trabajador no participa en la constitución de la organización productiva, nada obsta que pueda identificarse un interés de empresa intercurrente, esto es, derivado del fin originario empresarial, que nace con la relación de trabajo y que se desarrolla y perfecciona paralelamente<sup>167</sup>. Aseveración que requiere una exposición más detallada.

Como premisa de partida y siguiendo el planteamiento de ROMÁN DE LA TORRE, debe tenerse en cuenta que la posibilidad del empleador de prescindir del contrato como marco que describe los riesgos inicialmente previstos tiene una naturaleza extraordinaria, en el sentido, de que *excede de la prestación debida*. Por lo tanto, “no puede concebirse al empleador como titular de un universo infinito de facultades en el ámbito laboral que canalice a través de alguno de los mecanismos jurídicos que el ordenamiento laboral pone a su servicio, de forma que, en la medida en que aquéllos no existen o desaparecen, el empleador vuelve a recobrar plena capacidad de acción en este punto”. Por lo tanto, sin la habilitación o reconocimiento normativo de dichas facultades la voluntad única del empresario no persiste más allá del contrato de trabajo<sup>168</sup>.

Desde esta perspectiva, como apunta RIVERO LAMAS, la referencia a determinadas causas opera como un título de legitimación para subvertir lo inicialmente pactado. En tanto que estas causas, se vertebran entorno al interés de empresa como categoría más amplia (que la del propio empresario), desemboca en la necesidad de averiguar cuál es ese “fin común”<sup>169</sup>. En este sentido – siguiendo con el mismo autor –, “al aproximarse al contenido de un interés

---

<sup>166</sup> SELLAS I BENVINGUT. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 51; MOLINA NAVARRETE. *El Derecho del Trabajo propugnado por las “leyes” de reforma del “mercado laboral”: su reelaboración como “Derecho de la empresa” y como “Derecho del empleo”*. RTSS nº 152, 1995, p. 39; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*. TL nº 55, 2000, p. 5 y 6.

<sup>167</sup> *Vid.* en contra, FERNÁNDEZ LÓPEZ. *El poder disciplinario en la empresa*, op. cit., p. 36; y SALA FRANCO. *La movilidad del personal dentro de la empresa*. Tecnos. Madrid, 1973, p. 27 a 32.

<sup>168</sup> ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 96 y 98.

<sup>169</sup> Abogando por la necesidad de identificar un interés de empresa diferenciado del empresario, *vid.* DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 142 y ss.; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 102, p. 697. MONTOYA MELGAR, tras distinguir el interés de empresa del interés del empresario, asevera que el poder directivo del empresario “no es ejercido para la tutela de un interés subjetivo exclusivamente (lo cual puede que hasta fuese cierto si se partiese de la tesis según la cual la empresa no es más que una agregación de contratos de trabajo), sino también para la tutela de un interés objetivo: el de la empresa misma. Por ésta, ente otras y como principal razón, es por lo que el poder de dirección no puede concebirse como poder arbitrario, sino como un poder que ‘integra una función privada atribuida por el ordenamiento jurídico al empresario mismo en interés objetivo de la empresa’”. Y prosigue arguyendo que “en ningún caso puede el empresario ejercitar su poder de dirección contrariando el interés objetivo de la empresa, se trate de un ejercicio normal o de un ejercicio excepcional, pues lo que, en último término, viene a justificar la ampliación transitoria de las facultades de mano del empresario, no es más que el interés de la empresa, sea en su condición de ‘conveniencia’, u ‘oportunidad’ o auténtica ‘necesidad’”. MONTOYA MELGAR. *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 234 y 235.

común en la empresa advertimos que el punto de convergencia del capital y trabajo no puede llevarse mucho más allá de la conservación de aquélla<sup>170</sup>.

Puede afirmarse - siguiendo el planteamiento de MARTÍN VALVERDE<sup>171</sup> - que existe una relativa autonomía de la esfera de la empresa frente a la esfera del empresario, repercutiendo notablemente en algunos aspectos de la relación de trabajo (sin que ello implique que se alcance la segregación total, puesto que, en última instancia, el empresario es el titular y puede disponer de ella). Uno de estos aspectos es la posibilidad de distinguir el interés de éste del interés de aquélla, que refleja “no ya las conveniencias del empresario, sino las de una organización en cuya actividad productiva participan otros sujetos”. De tal forma que – siguiendo con el citado autor - “la rentabilidad de la empresa, que [por hipótesis] es el exclusivo interés del empresario, en cuanto titular de la empresa, sigue siendo uno de los ingredientes del interés de la empresa. Pero ya no es el único, y queda desprovisto por ello de la tensión hacia el rendimiento o beneficio máximo que caracteriza al interés del empresario. Además, en la configuración del interés de la empresa la rentabilidad va acompañada de otros ingredientes o elementos que también deben ser tenidos en cuenta en las decisiones empresariales. En líneas generales, estos otros elementos son más receptivos o sensibles a determinados aspectos del interés de los trabajadores que participan en la empresa, como la estabilidad en el empleo<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> **RIVERO LAMAS.** *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial.* Lección inaugural del curso académico MCMLXXXVI-MCMLXXXVII. Universidad de Zaragoza, 1987, p. 74 a 76. O como afirma, VALLEJO DACOSTA, este planteamiento que debe circunscribirse dentro de la concepción de la “empresa como una organización económica y social, y no como una propiedad privada del empresario, donde conviven no una, sino una pluralidad de relaciones inter-individuales y colectivas, como ámbito en el que se agrupan y ordenan prestaciones de trabajo que convergen a la consecución de un fin común, - que no sólo es el beneficio del empresario, sino el mantenimiento de la empresa en el mercado”. **VALLEJO DACOSTA.** *Modificaciones de las condiciones de trabajo,* op. cit., p. 166. Aunque el propio RIVERO LAMAS (op. cit., p. 74 a 76) matiza la fortaleza de este planteamiento, dado que, citando a ESTEBAN VELASCO, “cabe poner en duda aquella forma de pensar en lo común, porque el interés en la conservación de la empresa puede concurrir – como nos muestra la realidad – con otros intereses que refieran a las posibilidades alternativas de empleo de capital y trabajo”. Está claro que la aceptación de este fin común por parte de los trabajadores no deriva de un acuerdo o de una aceptación voluntaria, sino que les viene impuesto. Como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, analizando las tesis pluralistas, “nadie colabora en la empresa por pensar en la racionalidad de la sociedad y la racionalidad del propio sistema productivo” (**RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER.** *Un modelo democrático de relaciones laborales,* op. cit., p. 32 a 34). En definitiva, podría entenderse que, adaptando la argumentación del autor citado, la defensa de la continuidad de la empresa, no deja de ser otra manifestación del intento de satisfacer los fines empresariales, alcanzando sus valores e intereses, pero adaptándose a las nuevas circunstancias. Repárese que no se propugna un cambio sustancial en la estructura de poder en la sociedad y en la empresa, sino nuevas fórmulas de legitimación de la supremacía del interés empresarial. Extremo que como se analizará posteriormente, se aprecia con claridad desde el instante que el Legislador ha aceptado que la continuidad de la empresa está estrechamente vinculada al incremento de la competitividad y la productividad.

En definitiva, esta crítica es ilustrativa de la contradicción intrínseca del Derecho del Trabajo, esto es, la de “consolidar el sistema económico y social pero limitando a su vez el arbitrio empresarial garantizando progresivamente la situación de los trabajadores y la de utilizar el contrato de trabajo como pacto de voluntades libres e iguales para legitimar una posición desigual”. **ROMÁN DE LA TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo,* op. cit., p. 51.

<sup>171</sup> **MARTÍN VALVERDE.** *Informe Español,* op. cit., p. 143 y 144.

<sup>172</sup> De hecho, la “invocación del interés de la empresa en lugar del interés del empresario se puede apreciar en algunos pasajes de la legislación española sobre la relación individual de trabajo. Los preceptos en que se transparenta con más claridad esta idea son aquéllos que regulan determinadas decisiones empresariales que imponen sacrificios a los intereses o a las expectativas de los trabajadores, como las modificaciones de condiciones de trabajo y los *despidos* ‘económicos’ o por necesidades de empresa” [la cursiva es nuestra]. **MARTÍN VALVERDE.** *Informe Español,* op. cit., p. 144. En términos similares, DEL VALLE VILLAR entiende que la legislación laboral se está

El hecho de que, en coherencia con la lógica de la excesiva onerosidad, se rechace la posibilidad de alterar lo acordado en base a la *mera conveniencia* empresarial y la exigencia, en cambio, de la concurrencia de una *causa de empresa* o de *exigencias de la organización*, pone de manifiesto una disociación entre el interés del empresario y el de la organización productiva. Es decir, las *causas de empresa*, no sólo se identifican con el *exceso objetivo del alea normal previsto*; sino que, además, al estar intrínsecamente vinculadas a la continuidad de la organización productiva, evidencian que no son más que una derivada del principio de estabilidad en el empleo<sup>173</sup>. Secuencia que, en último término, fundamenta dogmáticamente el diseño legislativo de las vicisitudes contractuales.

En definitiva, siguiendo el planteamiento de MARZAL FUENTES – en una extensa cita – la configuración jurídica de la empresa, puede estructurarse en tres sentidos, en función del interés común de la empresa (...) al que se subordinarían los intereses de los miembros de la empresa (empresario y trabajadores); en función del interés dominante del trabajador, expresable, por ejemplo, en la estabilidad de su empleo, o en su condición de miembro de la empresa para asegurar esa estabilidad de su empleo (...); o (...) en función del interés reforzado del empresario, que, al defender su propio interés, el de su empresa, estaría defendiendo objetivamente (...) la prosperidad de la economía y, con ella, la de todos, incluido el empleo de sus trabajadores. Lo que hoy se llama ‘des-regulación’ o ‘flexibilización’ del Derecho del Trabajo apuntaría a esto. En todo caso, sólo desde la preeminencia de este interés reforzado del empresario puede tener sentido lógico la posibilidad de cambio unilaterales por parte del empresario en las condiciones de trabajo contractualmente convenidas, que hoy aceptan prácticamente todos los derechos europeos, y que se justifican por las ‘necesidades de empresa’<sup>174</sup>.

Este interés de empresa se exterioriza en las situaciones de desequilibrio, porque es cuando la continuidad de la empresa y de los contratos de trabajo se encuentran amenazados; y exige, lo que se ha denominado, una *gestión democrática de la crisis*, esto es, “el compromiso por parte de todos los factores implicados (...) con el objeto de garantizar el reparto equitativo de las cargas que comporta la misma y con el consiguiente respeto del garantismo establecido”<sup>175</sup>.

---

construyendo sobre un doble concepto de empresario: el tradicional y el de “empresa-institución” (entendida como la organización productiva que compite en el mercado de bienes y servicios). DEL VALLE VILLAR. *Sobre el llamado ‘despido objetivo’*. DL nº 54, 1997, p. 174.

<sup>173</sup> Aunque, en el extremo, la jurisprudencia haya admitido la posibilidad de amortizar el único puesto de trabajo de la Empresa, asumiendo el empresario las tareas realizadas por el trabajador afectado por la medida. Solución que, a nuestro entender, no contradice la tesis expuesta dado que, si bien destruye el empleo de una persona (por cuenta ajena) da pie a la continuidad de la actividad productiva, posibilita, no sólo, la continuidad de la ocupación de otra (probablemente, por cuenta propia), sino también, que en un futuro pueda volverse a contratar a otro trabajador por cuenta ajena.

<sup>174</sup> MARZAL FUENTES. *Prólogo*. En “Empresa y derecho social”. (Ed. Marzal Fuentes). Esade -Bosch, 2001, p. 12.

<sup>175</sup> ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., p. 54.



En definitiva, en este planteamiento reside una concepción de la continuidad del negocio jurídico, en términos de LUQUE PARRA, “colectivizada”, en virtud de la cual, “se procura que las actuaciones empresariales tengan como fundamento último la permanencia de la propia empresa”<sup>176</sup>. Y esto es así - habría que reiterar -, porque salvaguarda la continuidad de los contratos de trabajo.

No obstante, pese a afirmarse la inmutabilidad de este *fin común* a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo español, no debería extraerse la errónea conclusión de que nada ha cambiado, sino que, como ya se ha anunciado, *es en el modo de garantizar la continuidad de la actividad productiva donde se aprecian las diferencias sustanciales acaecidas con el paso del tiempo*. Pasándose de un modelo esencialmente *paliativo* o *patológico* a otro *preventivo* o *anticipatorio* (extremo que será objeto de una exposición más detallada al analizar las denominadas *causas de empresa*). Sin que, en modo alguno, haya repercutido en la validez de la teoría de la excesiva onerosidad como fundamento dogmático, sino que la ha reforzado<sup>177</sup>.

En efecto, este *objetivo* o *fin común* que, pese a ser una constante en la historia del Derecho del Trabajo español, ha tenido una formulación contingente, pues, mientras que en la actualidad se identifica con el incremento del nivel de competitividad y productividad, dado que son los parámetros que, se estima, garantizan la pervivencia de la empresa y con ella, el empleo futuro<sup>178</sup>; en la etapa republicana y franquista, se pretendía mediante la acción combinada de la

---

<sup>176</sup> **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 84 y 85. No obstante, sin perjuicio de lo que se expondrá con mayor detalle con posterioridad, a diferencia de lo que sostiene el mencionado autor, entendemos que la *finalidad de salvaguardar la continuidad de la organización productiva*, no es un planteamiento originario de la reforma de 1994, sino que debe entenderse comprendido en la propia concepción de la excesiva onerosidad, pues, aboga por la continuidad de la relación contractual y, por lo tanto, este planteamiento es originario de la normativa republicana. Lo novedoso, en todo caso, radica en la apuesta firme por el fomento de la competitividad y la productividad y los cambios legislativos encaminados a posibilitar la consecución de dichos fines. El crecimiento económico y la mejora de la competitividad empresarial se erigen en el fundamento imprescindible del mantenimiento y la creación de empleo, porque en un contexto de economía abierta es lo único que garantiza la continuidad de la actividad productiva. Lo cual resulta lógico, dado que el escenario económico en el que se desarrolla la actividad productiva ha sufrido un cambio vertiginoso, pues exige una *adaptabilidad permanente (Modelo de regulación flexible de equilibrio)*, caracterizada por una “constante y permanente necesidad de responder y adecuarse a las fluctuaciones del mercado, de la demanda, así como el fuerte impacto de las innovaciones técnicas y organizativas”, lo cual “aconseja, si no obliga, a dotarse de una estructura empresarial móvil, no estática, pues ciertamente el ‘cambio’ es presupuesto y ‘condición de su existencia’ y supervivencia”. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 21. *Vid* también **SELLAS I BENVINGUT**. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 65; **DESIDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 255 y 256; y **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 117 y 118.

<sup>177</sup> A nuestro entender, no puede afirmarse, como sostiene RODRÍGUEZ-PINERO que la finalidad de la norma, especialmente a partir de la reforma de 1997, sea inmediatamente procurar una más adecuada organización de los recursos; y que la garantía de la viabilidad de la empresa se haya relegado a un plano secundario (mediatamente). **RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER**. *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo*. RL 1997 - I, p. 85.

Entendemos que la viabilidad o continuidad del proyecto empresarial sigue siendo el objetivo principal y prioritario del Legislador, lo que sucede es que, ante un nuevo escenario extremadamente competitivo, lo que ha mutado es el *medio* a través del cual se pretende alcanzar dicho objetivo.

<sup>178</sup> Finalidad recogida en varios textos legislativos a lo largo de la historia española. Por ejemplo, en el II Plan de Desarrollo Económico y Social (Ley 1/1969, 11 de febrero), se establece “el Derecho al trabajo es una de las conquistas sociales a la que no es posible renunciar. Sin embargo, la consecución del pleno empleo exige a veces, en beneficio de la comunidad, situaciones de paro friccional, ya que sólo las empresas prósperas pueden garantizar a

protección *exacerbada* del empleo existente y la articulación de mecanismos que permitían a la empresa soslayar la carga económica que suponía hacer frente a las compensaciones económicas legales derivadas de las resoluciones contractuales<sup>179</sup>.

Por consiguiente, a partir de estas premisas, la afirmación de que el “diseño legislativo de las vicisitudes contractuales se ha prefigurado en orden a las necesidades propias de la organización productiva, cuyo interés se ha juridificado y objetivado en la norma”<sup>180</sup>, *sólo podría admitirse* si, al mismo tiempo, se aceptara que con ello se pretende salvaguardar *la continuidad de la actividad productiva y con ella la continuidad del empleo*. Por tanto, la posibilidad de alterar lo acordado cuando concurren *causas de empresa*, sólo cobra pleno sentido si se asume que o bien previene la *movilidad externa*, o bien garantiza la continuidad del resto de contratos no afectados por aquella (a costa, paradójicamente, de la propia destrucción de trabajo)<sup>181</sup>.

---

largo plazo la estabilidad del empleo. Por ello, el cierre de las empresas marginales es indispensable para la salud de la economía y la reducción de plantillas será necesaria en todos aquellos casos en que la productividad de la empresa así lo exija”. Posteriormente, en la reforma de 1994: “se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales, puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa” (Exposición de Motivos, ap. 3°).

Como apunta SELLAS I BENVINGUT, “el objetivo de la Ley 10/1994 viene constituido por la creación de empleo, en su doble vertiente de creación de empleo que implica, por definición, la creación de nuevos puestos de trabajo y una consiguiente y proporcional destrucción de desempleo, de un parte, y, de otra parte, de creación de empleo que implica, también por definición, un mantenimiento o conservación de empleo y puestos de trabajo y una consiguiente y proporcional evitación de desempleo”. SELLAS I BENVINGUT. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 62. O, como afirma SEMPERE NAVARRO, la operación reformadora de 1994, toma “como presupuesto la idea de que la competitividad de las empresas es requisito para mantener los niveles de empleo y crear nuevos puestos de trabajo”. SEMPERE NAVARRO. *La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro*. DL n° 50, 1996, p. 29.

Pese a estar de acuerdo, siguiendo a FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, que los “fundamentos de la ordenación jurídica de los *despidos* motivados por vicisitudes de funcionamiento de la empresa, en términos generales, no parecen ser otros distintos a una conjugación entre los principios de continuidad y viabilidad de la empresa y el de estabilidad en el empleo”, no puede aceptarse, en cambio, que ambos principios se hallen en “fricción antinómica” (la cursiva es nuestra) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*, op. cit., p. 4), porque, conforme a los postulados normativos, las medidas que, precisamente, garantizan la continuidad de la empresa son las que posibilitan la continuidad en el empleo.

Por otra parte, el Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997, se articula alrededor de los mismos parámetros, pues, “se intenta evitar que la normativa laboral se convierta en un obstáculo para las decisiones de mantenimiento y creación de empleo de agentes económicos que se mueven en un mercado altamente competitivo”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo*, op. cit., p. 74 y 75. Por este motivo, en el texto se afirma que “el presente Acuerdo y las medidas que en el mismo se proponen pretenden contribuir a la competitividad de las empresas [y] a la mejora del empleo”. *Vid.* al respecto también, MONEREO PÉREZ. *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*. Ibidem. Madrid, 1999, p. 8 y ss.

<sup>179</sup> De todos modos, volviendo a la realidad republicana recuérdese que, a pesar de los avances alcanzados en 1931, esta construcción alcanzará un estadio evolutivo superior en el instante que se institucionaliza la intervención pública en la gestión de situaciones de reconversión y de crisis y jurídicamente se habilitan espacios regidos por la lógica paritaria y la intervención administrativa, encaminados a la búsqueda de soluciones alternativas a situaciones económicamente *comprometidas* de la organización productiva. Fenómeno cuyo pistoletazo de salida se produce, como se sabe, en 1935 con la Ley sobre medidas transitorias para remediar el Paro obrero y el Decreto que desarrolla su art. 12 (*vid. supra*, Epígrafe II del Apartado B del Capítulo III – Primera Parte).

<sup>180</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 697.

<sup>181</sup> Conforme a lo previsto en el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas, que declara que “para lograr esta necesaria mejora de la competitividad de las empresas no cabe plantear una fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral, en la que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los

Si se acepta la “subordinación genérica del trabajador al sistema productivo, siendo las necesidades de la organización productiva consideradas como objetivas y neutrales”, es evidente que se incrementan sustancialmente los riesgos que repercuten en la esfera individual del trabajador. Pero, a pesar de ello, conviene insistir que este modelo es aceptado en el Derecho del Trabajo (desde 1931, como hemos visto) porque política y socialmente se estima que la empresa cobija el mantenimiento y la creación del empleo y, sin duda, es la mejor de las soluciones posibles (un mal menor) para el trabajador y el conjunto de la sociedad<sup>182</sup>.

Sólo desde esta perspectiva podría entenderse, siguiendo la exposición de ROMÁN DE LA TORRE<sup>183</sup>, que el empresario, en el ejercicio de las facultades que le reconoce la ley, deje de lado el contrato, “[privando] al trabajador del único instrumento de garantía o de certeza respecto el nivel de exigencia de su deuda laboral”. Por consiguiente, “si el ordenamiento respeta o encauza la posibilidad para el empresario de utilizar la fuerza de trabajo en modo y forma distintos a los pactados, no cabe duda de que se impone la defensa de la posición estática y dinámica de aquél, que desde su situación ‘pasiva’ se ve obligado a realizar su trabajo fuera del ámbito y medidas que contrató”. Lo que, por otra parte, no está exento de dificultades dado que, tratando de atender a los intereses de los trabajadores, la norma favorece el desequilibrio, lo que, paralelamente, lleva a “nuevos problemas que son también los que se intentan resolver por la vía de limitar o procedimentalizar el ejercicio de tales poderes”.

De este modo, se aprecia la estrecha correlación entre la excesiva onerosidad, el principio de estabilidad en el empleo (y el art. 35 CE) y el principio de conservación de la organización productiva. Hasta el punto de que, empleando los términos de ALAMEDA CASTILLO, la conservación de la empresa emerge como un *interés instrumental* enfocado a la satisfacción del *interés directo* de estabilidad en el empleo<sup>184</sup>. Teniendo presente que “la acérrima

---

trabajadores o las facultades colectivas expresadas en la negociación colectiva”, el objetivo de la reforma de 1994 consiste en proteger el empleo existente y fomentar la creación de empleo. **SEMPERE NAVARRO**. *La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro*, op. cit., p. 30.

<sup>182</sup> En definitiva, en el fondo lo que subyace es una decisión de tipo colectivo, en virtud de la cual, se estima que los costes derivados de la extinción, suspensión o modificación de algunos contratos de trabajo son inferiores a los que se derivarían si desapareciera la empresa. Idea que recoge la STS [C-A] 16 de junio 2004 (RJ 4795) cuando afirma que “el legislador prima la viabilidad de la empresa y del empleo lo que significa que al tiempo se toman en cuenta las posibilidades de supervivencia de la empresa y derechos individuales de los trabajadores afectos a ella. Por ello vuelve a insistir en el apartado sexto [del art. 51 TRET] que “la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado uno de este artículo”. Se consagra que nada obsta al sacrificio de un determinado número de empleos si con tal medida se mantienen otros empleos en la empresa en lugar de ser extinguidos todos ellos mediante la inviabilidad empresarial”. O, como sostiene CAMPS RUIZ (refiriéndose al régimen jurídico del expediente de regulación de empleo a raíz de la reforma de 1994), “es también un mecanismo preventivo, tendente a evitar o reducir los efectos de futuras situaciones de crisis empresarial y no sólo, como en general venía ocurriendo hasta ahora, un procedimiento extintivo al que únicamente cabía acudir para remediar una situación ‘actual’ de crisis en la empresa”. **CAMPS RUIZ**. *Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 213. *Vid.* también, **GARCÍA TENA**. *Regulación de empleo. Causas y procedimiento*. MTSS. Madrid, 1981, p. 56 y 57.

<sup>183</sup> **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 96.

<sup>184</sup> Aunque conviene advertir que el ordenamiento jurídico - con toda lógica - prioriza lo *instrumental* a lo *directo*, es decir, sólo garantizando lo primero se alcanza lo segundo.

defensa del interés directo individual o plural (defensa de puesto o puestos de trabajo concretos y en las condiciones inicialmente pactadas) habría conducido a la frustración del interés instrumental global (desaparición de la empresa) y, en consecuencia, del interés colectivo directo (desaparición del empleo en la empresa)<sup>185</sup>.

Por tanto, puede afirmarse que en las denominadas *causas de empresa* reside un *interés de empresa*, a la permanencia de la misma, y claramente diferenciado, al menos desde un planteamiento teórico, de la mera conveniencia empresarial. Aceptado este planteamiento, y en tanto que no se rebata la necesidad de hallar una *fundamentación dogmática común*, el único engarce constitucional capaz de englobar las facultades de subversión de empresarios y trabajadores parece residir en una manifestación del derecho al trabajo, como es la estabilidad en el empleo.

Planteamiento en el que, a nuestro entender, no puede identificarse una inadecuación constitucional por proyectar una prevalencia de una facultad contractual (modificativa, suspensiva o resolutoria) sobre un derecho constitucional (al trabajo), dado que al asociarse reestructuración empresarial-continuidad de la empresa-salvaguarda del empleo, convierte a la propia reestructuración en una manifestación de la estabilidad en el empleo y por tanto del derecho al trabajo.

Llegados a este estadio, el conflicto se desplaza a un nivel inferior (no constitucional), esto es, a una cuestión de política legislativa. Es decir, a la decisión de cómo la legislación laboral debe perseguir la salvaguarda de la actividad empresarial para proteger y crear nuevo empleo. Si, como proclama la reforma de 1994, la continuidad de la actividad empresarial se subordina, en esencia, a la salvaguarda de la *competitividad*, se produce una profunda *economización* de una manifestación del derecho al trabajo, como es la estabilidad en el empleo. Lo que a la postre, se traduce en que la estabilidad se acaba condicionando a los dictados de una *determinada* racionalidad económica, que identifica en la competitividad y, en definitiva, en el *mercado* el motor de la economía y de la generación de empleo.

La secuencia lógica que inspira esta nueva orientación del Derecho del Trabajo español, queda perfectamente reflejada en el siguiente “silogismo aristotélico” expuesto por ALEMÁN PÁEZ: “ostentar un marco más dúctil de relaciones laborales permite una gestión más racional de los recursos humanos; este uso más racional del factor trabajo se traduce en una mayor competitividad de las empresas; por ello, se concluye, el acometimiento de dichos fines se traducirá en una generación de empleo, tanto cuantitativa como cualitativamente”<sup>186</sup>. Lógica

---

<sup>185</sup> ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., nota 23, p. 55; vid. también, MARTÍN VALVERDE. *La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo*. DL nº 9, 1983, p. 78.

<sup>186</sup> ALEMÁN PÁEZ. *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?*, op. cit., p. 61. En términos similares, MONTALVO CORREA afirma que el “despido colectivo no será de este modo más que la facultad que se reconoce al empresario de extinguir (resolver) una serie de relaciones laborales (en los parámetros cuantitativos previstos por la norma) con fundamento en una causa objetiva, perteneciente al ámbito de incidencia – particular o general – de funcionamiento de la empresa. Causa ésta

cuya dinámica responde a la idea de que el sacrificio actual garantiza la supervivencia en un futuro inmediato, pero sin que pueda asegurarse el devenir mediato.

En definitiva, en la propia estructura teleológica de la estabilidad en el empleo se ha interiorizado que el mantenimiento y la creación de empleo no pueden alcanzarse si no se desarrolla en un contexto productivo competitivo, esto es, acentuando sustancialmente el papel del mercado, la demanda y la mejor organización de los recursos. La configuración de un modelo legal vertebrado entorno a la consecución de un objetivo que siempre podrá o propenderá a la optimización, y sin necesidad de que concurra un ciclo económico desfavorable, fomenta una tendencia permanente al cambio en un contexto de “viabilidad [siempre] mejorable”<sup>187</sup>, posibilitando la adaptación de la prestación de trabajo a las cotidianas y ordinarias necesidades cambiantes de la organización productiva en su conjunto.

#### **2.2.4.- Recapitulación.**

La teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida es una construcción dogmática autónoma, absolutamente diferenciada de la imposibilidad objetiva. A pesar de que tradicionalmente se ha tendido a hermanarlas (especialmente porque no existe una norma en el derecho común que explícitamente la reconozca), ostenta sus propios elementos definidores. Evidenciando que entre ambas no existe ningún tipo de comunicación ni escalonamiento.

A lo largo de la presente exposición se ha tratado de poner de manifiesto que la excesiva onerosidad hace referencia a un defecto funcional de la causa del contrato que se manifiesta en un exceso del *alea* normal previsto y que somete a una de las partes del contrato a dar demasiado para obtener demasiado poco. Frente a las objeciones que tradicionalmente se le han achacado, hemos tratado de demostrar que no es cierto que sólo responda a un mero quebranto económico y que no puede descartarse que la razón organizativa no esté integrada en la estructura interna del contrato. Entendemos, por otra parte, este planteamiento queda integrado en la siguiente secuencia conceptual: derecho al trabajo - estabilidad en el empleo – excesiva onerosidad sobrevenida. Construcción cuya fortaleza – entendemos - reside en integrar en un único planteamiento las facultades de alteración de ambos contratantes.

---

a la que el sistema reconoce esa virtualidad precisamente por la relevancia de los intereses que en ese marco concurren, particularmente del interés general de la competitividad en relación directa con la ocupación y el empleo (referente básico de legitimación de la competitividad como se reconoce en todos los documentos de la Reforma del Mercado de Trabajo y se expresa en la propia Exposición de Motivos de la Ley)”. **MONTALVO CORREA. Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo.** En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 336.

<sup>187</sup> Término que recoge, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo, op. cit., p. 85.**

Por otra parte, con el objeto de evidenciar la validez de los planteamientos que defendemos, en el epígrafe que sigue, trataremos de exponer los motivos por los que ninguna de las teorías alternativas que se han propuesto es lo suficientemente convincente como para “desvirtuar” la validez y fortaleza expositiva de la teoría de la excesiva onerosidad.

### ***2.3.- Crítica a las tesis alternativas a la excesiva onerosidad.***

Paralelamente a las críticas volcadas sobre la excesiva onerosidad, se han planteado otras construcciones doctrinales que tratan de fundamentar dogmáticamente las facultades empresariales que permiten al empresario sustraerse de lo convenido sobrevenidamente y de forma unilateral. Son múltiples las teorías expuestas, aunque, con riesgo de omitir alguna o simplificar en exceso su exposición, estimamos que las que ha utilizado la doctrina laboral pueden reconducirse a seis. La primera, trata de fundamentar la posibilidad de adaptación del contrato a las nuevas circunstancias sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*. La segunda, como una derivación conceptual de aquélla, se fundamenta en las teorías de la imprevisión. La tercera, construye toda la lógica a partir de los parámetros de la imposibilidad objetiva. La cuarta, se fundamenta en el concepto de “base del negocio jurídico” de LARENZ. La quinta, descarta toda fundamentación basada en las tesis de raíz civilista y aboga por una elaboración doctrinal desde el propio Derecho del Trabajo, afirmando la existencia de un “interés empresarial” y un poder del empresario. Y finalmente, la sexta, derivada de la anterior y, por tanto, también rechazando las construcciones civiles, vertebra toda la construcción sobre la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE.

A nuestro modo de ver, ninguna de ellas es capaz de resolver satisfactoriamente la discusión doctrinal que se plantea o, por lo menos, no con la exhaustividad que ofrece la teoría de la excesiva onerosidad. A nuestro entender, tales enfoques doctrinales (especialmente, los que proclaman la elaboración doctrinal desde el propio Derecho del Trabajo) padecen una deficiencia metodológica muy importante, pues se han centrado predominantemente en la esfera empresarial, sin atender a las facultades de los trabajadores de idéntica naturaleza, desde una perspectiva dogmática. Sin duda, este sesgo metodológico se ha proyectado en lo analítico, desembocando, a nuestro entender, en construcciones doctrinales cuyas conclusiones no pueden aceptarse por incompletas. A continuación se justifica esta afirmación.

### 2.3.1.- Crítica a la teoría de la cláusula ‘rebus sic stantibus’.

Un sector de la doctrina laboral ha tratado de reconducir la fundamentación dogmática acudiendo a la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>188</sup>. Sintéticamente, se sostiene que en la celebración de todo contrato existe una cláusula implícita con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así. Se sobreentiende, siguiendo a DÍEZ PICAZO - que expone las tesis de KAUFMANN -, que “existe una cláusula, de acuerdo con la cual la subsistencia de la relación contractual depende de la subsistencia de determinadas circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, que están debidamente presupuestas por las partes y cuya variación no era previsible”. Así pues, salvo que las partes la excluyan voluntariamente, la cláusula es inmanente a la voluntad negocial y a sus declaraciones, es decir, se presupone sin necesidad de que las partes hubiesen tenido conocimiento<sup>189</sup>.

Sin embargo, tal y como apunta PINO, “si con la voluntad se extiende a hechos imprevisibles e imprevistos, que precisamente por imprevistos, no están incluidos en la voluntad contractual, se olvida que, antes que la voluntad objetivada del contrato, importa saber la que ha sido positiva o negativamente prevista en concreto por las partes, tanto más cuanto que no es posible hablar de casos que se *deben* prever, no existiendo una obligación de diligencia precontractual a la cual remitir el concepto de un deber de previsión y de responsabilidad por no haber previsto eventos futuros. Si, por el contrario, se quiere decir que el vínculo originariamente constituido no debería subsistir frente a un cambio imprevisto, ya que no estaría sostenido por la voluntad, se olvida que los efectos de un contrato no han de ser constantemente queridos, puesto que surgen del contrato y no de la voluntad, considerada ya como presupuesto, ya como requisito”<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Vid. DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 180 y ss. Otros autores han acudido a la mencionada cláusula para fundamentar la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, ex art. 41 TRET. Vid. BEJARANO HERNÁNDEZ. *La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*, op. cit.; RIVERO LAMAS. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. En torno al art. 41, op. cit., p. 871 y ss; DE LA RÚA MORENO. *La intervención administrativa en el contrato de trabajo y su control jurisdiccional: empleo, permisos y autorizaciones de trabajo. Traslados, modificaciones de condiciones de trabajo, suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tecnológicas y fuerza mayor*. En “Problemas de delimitación de competencias entre el orden Contencioso-Administrativo y el orden Social de relaciones laborales en el sector público”. CDJ XXIV. CGPJ, Madrid, 1993, p. 100 y 101; SENRA BIEDMA. *Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial*. RL 1995 – I, p. 303; y DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., p. 446 (aunque vincula la tesis de la cláusula *rebus sic stantibus*, con la tesis del interés de la empresa).

<sup>189</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 874.

<sup>190</sup> PINO. *La excesiva onerosidad de la prestación*, op. cit., p. 135 y 136. El mismo autor sostiene que “si se pretende decir que el contrato no tiene eficacia cuando se puede creer razonablemente que, de haber conocido las partes las modificaciones que han ido ocurriendo sucesivamente, no lo habría estipulado, se puede sostener que, prácticamente, ningún contrato tendría eficacia vinculatoria. En efecto, toda modificación de las circunstancias en el momento de la celebración del contrato, podría llevar a la presunción de que las partes no habrían estipulado aquel contrato. Además, el intérprete ya no debería limitarse a la averiguación de lo querido, sino que debería extender sus tareas hasta averiguar el eventual posible e hipotético comportamiento que las partes habrían podido

Finalmente, como sostiene DÍEZ-PICAZO, esta formulación es excesivamente inconcreta, dado que “se limita a establecer que los contratos de tracto sucesivo se entienden concertados mientras las cosas continúen así, pero no puntualiza cuáles son, en rigor, las cosas que deben mantenerse inalterables, ni tampoco cuáles son los efectos de la posible o eventual alteración de tal estado”<sup>191</sup>.

### **2.3.2.- Crítica a la teoría del riesgo imprevisible.**

La teoría del riesgo imprevisible (o doctrina de la imprevisión), de raíz *juspública*<sup>192</sup>, también ha sido defendida por un sector destacado de la doctrina laboral (GARCÍA ABELLÁN), sobre la base de que “contribuye, resolviendo situaciones que propenden a crear estados de abuso, precisamente, a una más singular caracterización del Derecho del Trabajo, al dotarlo de flexibilidad y poder psicológico de adecuación, permitiéndole así realizar virtual y prácticamente los valores de lo justo”<sup>193</sup>. Según esta tesis, las partes pueden liberarse de lo pactado si sobrevienen circunstancias extraordinarias imprevisibles y entrañan un desequilibrio entre las prestaciones<sup>194</sup>. Esta teoría, incardinable dentro de las denominadas tesis subjetivistas, trata de superar las deficiencias de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que “sólo mediante la tesis del riesgo es posible admitir una rectificación de la voluntad, sin precisión de intentar un siempre equívoco redescubrimiento de los interiores de la voluntad misma, para después, hacer coincidir ese psicológico hallazgo con una posterior situación externa, ni prevista, ni pretendida

---

desarrollar en circunstancias distintas de las originarias. Se llegaría así a hacer operante y a interpretar una voluntad que jamás ha existido” (p. 136 y 137).

<sup>191</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 875.

<sup>192</sup> Tal y como expone HAURIUO, la aplicación de esta teoría por el Consejo de Estado francés, a causa de la guerra de 1914, está vinculada a contratos influidos por la idea o institución del servicio público. HAURIUO. *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por cuestiones sociales*. RDP 1926, p. 2. La base de este planteamiento se halla en la idea de *institución* que propone el citado autor, que, al crear un espíritu común, lleva consigo el sentimiento del riesgo común y de la justicia distributiva.

<sup>193</sup> GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D- 267. En la doctrina civil, *vid.* BATLLE. *La imposibilidad económica sobrevinida y no prevista en la ejecución de los contratos*, op. cit.. Según este último autor, los supuestos básicos de la teoría de la imprevisión son: a) sólo puede operar en los negocios jurídicos contractuales; b) deben tener una cierta duración en el tiempo y que su ejecución no haya sido enteramente ejecutada; c) el riesgo no debe haber sido motivo determinante del contrato; d) el acontecimiento debe ser no sólo imprevisible, sino imprevisible; e) debe ser independiente de la voluntad de las partes; f) debe tratarse de un acontecimiento de gravedad y con carácter de cierta permanencia, que malogre la reciprocidad de las prestaciones, de modo que comporte un serio perjuicio para una parte; y g) el acontecimiento debe ser posterior a la celebración del contrato (p. 9 y 10). Finalmente, según este autor, el fundamento último de la teoría de la imprevisión se halla en los principios de la Ética, mediante la utilización de términos como “injusticia suprema” y acudiendo a los principios de buena fe y el abuso de derecho. La imprevisión, citando a RIPERT, no es una noción que surja del contrato, sino que más bien se dirige contra el contrato (p. 14 y 15).

<sup>194</sup> Según TERRAZA MARTORELL “la teoría de la imprevisión, es aquella que admite la revisión de un contrato (resolución modificación) cuando las condiciones de ejecución se encuentran notablemente alteradas, por circunstancias que las partes no pudieron racionalmente prever en el momento de la conclusión”. TERRAZA MARTORELL. *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus*, op. cit., p. 131.



ni buscada”<sup>195</sup>. Sin embargo, la doctrina civil ha destacado la inconsistencia de esta tesis en el ordenamiento jurídico español, dado que “pretender fundar en una voluntad irreal de las partes un efecto que por hipótesis ha sido imprevisto constituye una cabal ficción”<sup>196</sup>.

Además, si se tiene en cuenta que “lo imprevisible no es susceptible de ser aprehendido” y su “carácter [es] humanamente imprevisible”<sup>197</sup>, debe descartarse su aplicación al ámbito laboral porque, tal y como apunta CRUZ VILLALÓN - citando a MATÍA PRIM -, “la circunstancia sobrevenida, en el ámbito de la relación laboral, no tiene necesariamente por qué ser imprevisible, ni siquiera independiente de la voluntad de las partes”<sup>198</sup>.

### **2.3.3.- Crítica a la teoría de la imposibilidad objetiva impropia.**

Un sector (encabezado por ALONSO OLEA) entiende que el término “crisis” debe subsumirse dentro del concepto de fuerza mayor, y más concretamente dentro del concepto de “fuerza mayor cualificada por la crisis” (o impropia)<sup>199</sup>. La crisis, se afirma, podría asemejarse a la fuerza mayor porque en ocasiones su acaecimiento es completamente ajeno a la voluntad del empresario y, por lo tanto, no es en absoluto más responsable de lo que podría “ser de una guerra o de una inundación”<sup>200</sup>. De algún modo, queda comprendido en el aforismo romano “*quod humano caput providere non potest nec cui previsto potest resistit*”. Así, se afirma, la fuerza mayor propia y la crisis, presentan similitudes sustanciales que permiten afirmar que ambas participan de la misma naturaleza. Sintéticamente pueden resumirse del siguiente modo: ambas se

---

<sup>195</sup> GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D- 270. Autor que reproduce la tesis de BATTLE, según el cual “no es posible descubrir la intención de las partes cuando se trata de supuestos que ni siquiera pudieron preverse”.

<sup>196</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 882. Vid. también, MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 686 y 687.

<sup>197</sup> GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D- 300 y 301.

<sup>198</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 116. Además, como apunta Díez-PICAZO, colocar el centro de gravedad de los efectos jurídicos que la alteración de las circunstancias puede determinar en la autonomía de la voluntad no es suficiente. (...) [L]os efectos jurídicos se producen objetivamente y no simplemente *ex voluntate*. Además, la autonomía de la voluntad ha podido expresarse libremente, y si no lo ha hecho, suyo es el riesgo. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 876.

<sup>199</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 62 y 63; y ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 438 y ss. Construcción seguida por un sector de la doctrina, GRANELL RUIZ. *La reserva de plaza*, op. cit., p. 117; MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español*, op. cit., p. 45; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen II. Marcial Pons, Madrid, 8ª edición, 1972-73, p. 562; DEL PESO CALVO. *La fuerza mayor propia*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970, p. 87; ABELLA MESTANZA. *Despidos especiales por razón de las personas*, op. cit., p. 40 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA. *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1980, p. 163 y 164; MIÑAMBRES PUIG. *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, op. cit., p. 79; BLASCO SEGURA. *La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo*. AL 1992 - III, p. 575; y *La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CDJ XVI. CGPJ. Madrid, 1992, p. 220; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 40 y ss; y DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 259.

<sup>200</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 66.

prolongan durante un cierto tiempo o bien en un momento puntual pero con una agudeza e intensidad fuera de lo normal, generando la imposibilidad de prestación y de forma independiente a la voluntad del empresario<sup>201</sup>.

Tesis que, sin intención de reiterar las características de la excesiva onerosidad y de la imposibilidad objetiva (y sus diferencias), debe descartarse si se acepta que, a diferencia de la fuerza mayor, la excesiva onerosidad se caracteriza precisamente por el hecho de que las prestaciones contractuales siguen siendo objetivamente posibles y porque el hecho obstativo debe ser imprevisible e inevitable. En la medida que la excesiva onerosidad se aparta de la lógica de la imposibilidad objetiva, se produce un correlativo distanciamiento en cuanto a los requisitos de las circunstancias que deben concurrir para su constatación efectiva<sup>202</sup>.

### **2.3.4.- Crítica a la teoría de la base del negocio.**

Otro sector (encabezado por ÁLVAREZ ACOLEA<sup>203</sup>) ha tratado de reconducir el incumplimiento inimputable del deudor, a través de la conocida teoría de la base objetiva y subjetiva del negocio jurídico de LARENZ y, más concretamente, en los supuestos en los que desaparece<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 62 y 63.

<sup>202</sup> Puede consultarse una crítica en profundidad de la validez de la imposibilidad objetiva como fundamento jurídico de estos supuestos, ente otros, en RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 100 y ss; y DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 71 y ss.

<sup>203</sup> ÁLVAREZ ACOLEA. *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*. REDT n° 5, 1981, p. 20, 21, 27 y 28. SALA FRANCO afirma que “en el fondo, el art. 41 del ET no es sino la legalización para el contrato de trabajo de la ‘doctrina de la base del negocio’” [autor que, no obstante, también se refiere al hablar de la suspensión por causas de empresa, de la excesiva onerosidad]. SALA FRANCO. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996, p. 129. En términos similares (recogiendo la opinión de la STS 4 de julio 1994, RJ 6335), GALA DURÁN. *Modificación sustancial de condiciones y cuantía salarial*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\63). Y MONTOYA MELGAR, sin manifestarlo abiertamente, parece sostener esta teoría cuando, al hilo de la extinción del contrato por causas económicas, afirma que “la causa económica viene siendo aquella que – diríamos con una explicación de teoría de las obligaciones – altera de modo sobrevenido la *base del negocio*, justificando con ello la adopción de medidas modificativas, suspensivas o extintivas” [la cursiva es nuestra]. MONTOYA MELGAR. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 57. ORTIZ LALLANA también acude a la tesis de LARENZ para rechazar la posibilidad de que el empresario pueda exigir al trabajador una gradual progresión de su aptitud. ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 271 y 272. Y, JOVER RAMÍREZ, analizando el art. 52.d) TRET, afirma que “lo que existe es un supuesto de desaparición de la base del negocio normativamente establecido”. JOVER RAMÍREZ. *La incapacidad temporal para el trabajo*, op. cit., p. 227.

<sup>204</sup> Esta teoría trata de integrar las diversas construcciones planteadas por la doctrina alemana dirigidas a solventar los problemas derivados de la alteración sustancial de las circunstancias contractuales de un modo sobrevenido. Fundamentalmente, las tesis sostenidas hasta el momento se agrupaban en torno a dos tendencias. Aquéllas que inciden en los elementos psicológicos que impulsaron a los contratantes a contratar (tesis subjetivistas), y que parten de la *teoría de la presuposición* de WINDSCHEID, recogida posteriormente por OERTMANN, a través de la *teoría de la base del negocio jurídico*. Aquéllas otras que atienden al análisis de la alteración de las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato (tesis objetivistas) que parten de la *teoría de la cláusula rebus sic stantibus* de KAUFMANN, recogida por KRÜCKMANN y revisada posteriormente por LOCHER, mediante la *teoría del fundamento del contrato*. LARENZ trata de integrar ambas posturas proponiendo una construcción que comprenda los elementos

Según este autor, “la expresión “base del negocio” puede ser entendida (...) en un doble sentido. En primer lugar, como base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos<sup>205</sup>. Se entiende que desaparece la base subjetiva del negocio, cuando acontece una alteración que las partes no contaban ni pudieron contar en modo alguno, o de otro modo, “no dudaron de que aquellas circunstancias se mantendrían; o mejor, no se plantearon el problema de si aquellas circunstancias se mantendrían precisamente por el carácter indudable con que las consideraban”<sup>206</sup>. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”<sup>207</sup>. Se entiende que desaparece la base objetiva del negocio, cuando las circunstancias básicas o decisivas desaparecen, produciéndose una modificación sustancial, alterando la equivalencia de la prestación o imposibilitando la consecución del fin del contrato<sup>208</sup>.

Sin embargo, tal y como sostiene BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, esta teoría debe descartarse, porque en relación a la base subjetiva del negocio “vale jurídicamente en cuanto afecta al problema del error o vicios de la voluntad en general; nunca en cuanto puro motivo interno, pues el proceso formativo interno queda al margen del Derecho. En cambio, la base objetiva del negocio, está haciendo referencia a la “causa” en aquellos sistemas, como el nuestro, que reconocen a ésta como elemento esencial del contrato; es entonces la finalidad común perseguida”<sup>209</sup>. En opinión de DE CASTRO Y BRAVO, la teoría de la base del negocio es

---

objetivos y subjetivos. El objetivo del autor es ofrecer una regla general sobreentendida en todo contrato aplicable para todo supuesto, y así impedir la tendencia de la jurisprudencia alemana a enjuiciar caso por caso en función de criterios de equidad. *Vid. OERTMANN. Introducción al Derecho Civil*. Editorial Labor. Barcelona 1933, p. 302 y ss; y **LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, *op. cit.*

<sup>205</sup> **LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, *op. cit.*, p. 34. En concreto, entiende que la base subjetiva del negocio jurídico es “aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato”, de tal modo que la “si la representación no se realiza cada una de las partes han incurrido en un error en los motivos” (p. 37).

<sup>206</sup> **ROCA SASTRE. Estudios de Derecho Privado**, *op. cit.*, p. 243.

<sup>207</sup> **LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, *op. cit.*, p. 34. Por base objetiva del negocio entiende “el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido” (p. 211). Así, quien concluye un contrato piensa en función de una determinada situación, que quizás no ha tenido en cuenta pero que se integra en el contrato a modo de presuposición inmanente. Si con posterioridad se produce una alteración no prevista de las circunstancias que acompañaban a la conclusión del contrato, puede ocurrir que el contrato que se ejecuta pierda todo el sentido atribuido por las partes (p. 91).

<sup>208</sup> **LARENZ. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, *op. cit.*, p. 92.

<sup>209</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO. El cumplimiento de las obligaciones**, *op. cit.*, p. 315 y 316. En términos similares, **LACRUZ BERDEJO. Derecho de Obligaciones. Elementos de Derecho Civil, II. Vol. II. Teoría General del Contrato**. Segunda Edición. Editorial Bosch, Barcelona, 1987, p. 68 y 69. Por su parte, la doctrina laboral, a pesar de resaltar sus virtudes, también ha descartado la aplicabilidad de esta construcción dogmática, pues se entiende que es insuficiente para comprender exhaustivamente los diversos supuestos incardinables dentro de las denominadas “causas empresariales”. Entre otros, **CRUZ VILLALÓN. Las modificaciones de la prestación de trabajo**, *op. cit.*, p. 114 y ss; **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del**

ajena y no adaptable al sistema español, porque “hubo de inventarse como remedio de urgencia con el que llenar el vacío producido en el Derecho alemán por el abandono del sistema causalista del Derecho común”<sup>210</sup>. Por lo tanto, se trata de una teoría cuyos supuestos ya están integrados en el ordenamiento jurídico español<sup>211</sup>.

### ***2.3.5.- Crítica a las teorías basadas en la propia lógica de Derecho del Trabajo.***

Un amplio sector doctrinal estima que la fundamentación debe partir de la propia lógica jurídica del Derecho del Trabajo<sup>212</sup>, dado que entiende que las categorías tradicionales del Derecho común son “inductoras de rigideces”<sup>213</sup>. Esta corriente doctrinal es predominante en la actualidad, aunque en su seno se cobijan diversas concepciones que difieren en mayor o menor grado, aunque, en esencia, tienen como denominador común el rechazo de las tesis de raíz civilista.

No obstante, antes de proceder a su exposición y crítica, conviene hacer una breve observación con carácter previo. Quizás, debería replantearse el calificativo que tradicionalmente se atribuye a la excesiva onerosidad como una “teoría civilista”, ajena a la esfera laboral. Como se ha descrito, se trata de una solución extraordinaria desde la perspectiva civil, exorbitante del régimen común de los contratos, sin reconocimiento positivo en el Código Civil español. La tesis de la excesiva onerosidad, en términos de ESPERT SANZ – que cita a HERNÁNDEZ GIL -, es una manifestación palpable de socialización del Derecho, de la crisis de

---

*funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit., p. 689 y ss; SOLÀ MONELLS. La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit., p. 42 y ss.*

<sup>210</sup> Lo que no ha impedido, apunta el mismo autor, que en alguna ocasión los tribunales españoles acudieran a la misma (por ejemplo, entre otras, SSTS 14 de diciembre 1940; 14 de junio 1943 y 30 de junio 1948). **DE CASTRO Y BRAVO**. *El negocio jurídico, op. cit., p. 322, 325 y 326.*

<sup>211</sup> En cuanto a la base subjetiva del negocio conviene tener presente que resulta extraordinariamente complejo conocer cuáles son las circunstancias psicológicas que impulsaron a las partes a celebrar el contrato y que, sin embargo, no plasmaron expresamente en el mismo, por ejemplo, mediante una condición. La referencia a la cognoscibilidad tácita es un elemento sumamente etéreo, dado que presupone una voluntad firme, que sin embargo no se ha proyectado en el propio contrato. Por otro lado, no se puede saber con precisión qué circunstancias pueden considerarse necesarias y cuáles son comunes a las partes. Así, “si bien es cierto que [los motivos psicológicos] pertenecen a un mundo que no puede y no debe ser regulado por el derecho, también es cierto que pueden ser absorbidos por la causa concreta”. **PINO**. *La excesiva onerosidad de la prestación, op. cit., p. 173*; y **ROCA SASTRE**. *Estudios de Derecho Privado, op. cit., p. 241 y 242*. En la doctrina laboral española, **SAGARDOY BENGOCHEA** sostiene que “todo contrato de trabajo está sujeto a condición extintiva o suspensiva de la rentabilidad de su causa (frutos) para quien los recibe”. **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Sobre las crisis laborales o económicas: concepto, op. cit., p. 141*. En cuanto a la base objetiva del negocio “se corre el riesgo de incurrir en la indeterminación de su encaje en un problema de error de previsión común a ambos contratantes planteándose de nuevo el problema en el anteriormente rebatido terreno psicológico. Desde un enfoque típico, la respuesta no se halla sino en la propia causa del contrato, es decir, la determinación de la función económico-social que dicho contrato cumple y que lo hace merecedor de tutela jurídica”. **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit., p. 689*.

<sup>212</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal, op. cit., p. 109 y ss.*

<sup>213</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal, op. cit., p. 99.*

la autonomía de la voluntad, de las restricciones de la libertad y de regulación heteronómica de las relaciones.

En definitiva, cabría plantearse si atendidas estas coordenadas, no se trata más bien de un planteamiento integrable en la lógica del Derecho del Trabajo (si se quiere clásica), dado que, ante una originaria concesión de libertad por parte de una norma, dentro de unos límites, posteriormente la norma se sobrepone a la voluntad de las partes. En definitiva - según el mencionado autor -, este proceso implica una reorientación del Derecho hacia la “preocupación de la persona en su plenitud, algo muy distinto del individuo esquematizado en la voluntad”<sup>214</sup>.

En la medida que el propósito de la excesiva onerosidad es excepcionar la regla *pacta sunt servanda* y, por ende, relegar a un segundo plano la soberanía de la autonomía de la voluntad, en aras a la continuidad del negocio jurídico, nos permite pensar, como sostiene RIVERO LAMAS, “en la alteración de los principios del régimen común en su realización concreta en esta rama jurídica”<sup>215</sup>. De hecho, es difícil hallar en el Derecho del Trabajo español un supuesto de onerosidad sobrevenida excesiva que no esté directamente vinculado a la idea de continuidad del negocio jurídico, esto es, a la estabilidad en el empleo (incluso, como se ha analizado, en el supuesto extremo de resolución contractual por causas de empresa). Sin duda, la tesis de la excesiva onerosidad refuerza la lógica tuitiva jurídico-laboral, porque mejora la regulación de un conjunto de situaciones, no se olvide, inadecuadamente resueltas por las reglas positivizadas del Derecho Común español. En este sentido, no es casual que el reconocimiento legislativo de la posibilidad de alterar lo pactado aparezca en 1931. Momento en el que el Legislador (con el “crack del 29” presente) apuesta decididamente por desligarse de los lastres del liberalismo y dotar de contenido jurídico-positivo al principio de estabilidad en el empleo.

Por todo ello, la excesiva onerosidad, en sustancia, presenta más afinidades con la lógica del Derecho del Trabajo que respecto a los postulados fundamentales del Derecho civil español. Lo que, en todo caso, lejos de hacerla extraña a la lógica laboral, cabría pensar si no lo es de la civil<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> **ESPERT SANZ**. *La frustración del fin del contrato*, *op. cit.*, p. 138 a 140. De hecho, como afirma el propio autor, “Ni el fundamento de la total ordenación jurídica, ni el centro de protección de las normas pueden recaer estrictamente sobre la voluntad” (p. 139); y finalmente “se evidencia que la aplicación de esta teoría tiene un fin esencial: conservar el equilibrio inicial de intereses, mantener la justicia, aproximar el Derecho a la equidad. Todo el sistema, pasado a un campo gneseológico distinto, me recuerda el pensamiento de Theilard de Chardin: una complejización constante que lleva en sí una espiral de perfección, espiral que en nuestro campo, estrictamente jurídico, se dirige con fuerza inexorable a la realización de la Justicia, principio y fin del Derecho” (p. 152). Extremos que ¿no son propios de la teleología del Derecho del Trabajo?

<sup>215</sup> **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>216</sup> Por otra parte, la aplicación de las reglas propias del Derecho civil al ámbito laboral debe permitirse en la medida que “no se opongan a los criterios básicos que establecen un orden de protección a favor del trabajador” [en este caso, desde una perspectiva del interés colectivo]. **VÁZQUEZ VIALARD**. *La aplicación de la excepción de incumplimiento de contrato en la relación laboral*. REDT n° 24, 1985, p. 462.

Volviendo al estudio de las tesis basadas en la *propia lógica del Derecho del Trabajo*, el rechazo a la lógica civil ha desembocado en la necesidad de buscar fórmulas jurídicas alternativas a través de las cuales se canalice el ejercicio de las facultades reconocidas al empresario. La atención doctrinal se ha centrado predominantemente en la facultad empresarial que mayor incidencia tiene sobre la continuidad del contrato de trabajo, esto es, la resolución. Aunque se ha extendido al resto de facultades atribuidas al empresario (suspensión y modificación).

Tratando de ofrecer una exposición ordenada de las diversas teorías planteadas, aun a riesgo de simplificar la exposición y sesgar su argumentario, a grandes rasgos podemos afirmar que un sector de la doctrina (entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, CRUZ VILLALÓN y SOLÀ MONELLS) habla de la existencia de un “poder empresarial”; mientras que otros autores (RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN), centrados en el estudio de la extinción del contrato, lo ha reconducido a supuestos de desistimiento, denuncia y “recesso”<sup>217</sup>, como una manifestación del *poder de autotutela privada* (DEL VALLE VILLAR<sup>218</sup>).

Teorías, conviene advertir, que sólo se han centrado en el análisis de las facultades del empresario, obviando el estudio de las de los trabajadores.

### ***2.3.5.1.- Crítica a la calificación de las facultades empresariales como un ‘poder’.***

Un sector de la doctrina habla de la existencia de un *poder* reconocido por la ley incardinable en el poder de dirección del empresario, no reconducible, por tanto, a su posición de crédito. Así, se habla de “poder de *despido*”<sup>219</sup>; de “poder de suspensión”<sup>220</sup>; y de un “poder

---

<sup>217</sup> Se trata de un concepto que queda fuera de la “construcción dogmática de la resolución por incumplimiento” y que “encuentra su encaje más preciso, simplemente, a partir de la consideración como causa de extinción del contrato por iniciativa del empresario; es decir, como justa causa para producir supuestos de “desistimiento, denuncia o “recesso””, separándolos de los supuestos de incumplimiento. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 110 y 111. Aunque en una ocasión el autor en vez de referirse a la “denuncia” habla de “renuncia” (p. 109). Cuestión que entendemos debida a un error tipográfico dado que dicho término no se repite con posterioridad. Por otro lado, conviene tener presente que a pesar de que esta tesis pretende eludir las construcciones denominadas “civilistas”, acaba fundamentando su construcción sobre la base de instituciones estrictamente de Derecho Civil. Por su parte, DEL VALLE VILLAR también es partidario de la teoría de la autotutela privada defendida por GIL Y GIL (vid. supra). **DEL VALLE VILLAR.** *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 72 y 73. Vid. también **RIVERO LAMAS.** *Tipificación y estructura del contrato de trabajo*, op. cit., p. 185 a 187.

<sup>218</sup> **DEL VALLE VILLAR.** *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 73 y 74.

<sup>219</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 41 y ss; **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS.** *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 28; y **LUQUE PARRA.** *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 71.

<sup>220</sup> **LUQUE PARRA.** *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 70; y **SOLÀ MONELLS.** *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 55 y ss. MONTAYA MELGAR sostiene que la facultad de despido – y lo que se dice del despido debe entenderse aplicable a la suspensión – es, en buena parte, un verdadero poder”. **MONTAYA MELGAR.** *El poder de dirección del empresario*, op. cit., p. 178 y 179. En cambio, **ROMÁN DE LA TORRE,** al describir el poder de dirección del empresario, no incluye ni el ‘poder de despedir’ ni el ‘poder de suspensión’. **ROMÁN DE LA TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 91 y ss.

de modificación sustancial de la condiciones del contrato de trabajo”<sup>221</sup>, subsumibles, genéricamente, en lo que se ha venido a denominar “poderes organizativos empresariales”<sup>222</sup>.

Las objeciones a estos planteamientos se agrupan en dos categorías: generalizables a todas ellas y específicas a cada una.

### **2.3.5.1.1.- Objeciones genéricas.**

Sin negar la existencia de un poder de dirección empresarial, dirigido a la organización del trabajo en la empresa, ni su fundamentación contractual y constitucional, lo cierto es que conviene precisar adecuadamente su contenido, con el objeto de expulsar aquellas dimensiones que, a nuestro modo de ver, pueden reconducirse perfectamente a la posición contractual de las partes y a la teoría de la excesiva onerosidad. En este sentido, conviene reiterar que no se está negando el poder de dirección, derivado de la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*, que atribuye a su titular “poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno”<sup>223</sup>; sino *solamente negar que dentro del poder de dirección del empresario* o - si se opta por la

---

<sup>221</sup> **MONTOYA MELGAR.** *Poder del empresario y movilidad laboral*, *op. cit.*, p. 166; **MARÍN CORREA.** *La nueva movilidad geográfica.* AL n.º 24, 1995, p. 411; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 88; **VIDA SORIA.** *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 83; **ROMERO BURILLO.** *El nuevo régimen jurídico del traslado individual del trabajador.* En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 381; **SERRANO OLIVARES.** *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica.* CES. Madrid, 2000, p. 33 y ss; y específicamente relacionado con la movilidad geográfica, hablando de un “poder empresarial de movilidad geográfica”, p. 45. *Vid.* también, **ROJAS RIVERO.** *Traslado y desplazamiento de trabajadores.* MTSS. Madrid, 1993, p. 25.

<sup>222</sup> **LUQUE PARRA.** *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 25 y 26: “poder privado derivado de la libertad de empresa y que pretende adecuar los recursos humanos a las necesidades de la misma para hacerla más competitiva” (p. 31). En términos similares, **SOLÀ MONELLS.** *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 57 y 58.

La doctrina laboral discute si el término “poder” es el que más se adecua a su naturaleza jurídica o bien debe hablarse de “derechos” o “facultades”. A pesar de que no hay discusión en cuanto a la distinción entre los términos “poder”, “derechos” y “facultades” (*Vid.* **MONTOYA MELGAR.** *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p. 8 y ss; y **CRUZ VILLALÓN.** *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 127), se estima que, en el ámbito laboral, “los poderes, libertades y derechos son términos de uso indistinto y equivalente a los derechos subjetivos”. **RIVERO LAMAS.** *Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 972. En términos similares, **CRUZ VILLALÓN.** *op. cit.*, p. 127: “los términos antes empleados [poder, derecho y facultad] suelen emplearse por la doctrina científica con una intención de generalidad para intentar abarcar al mayor número de situaciones jurídicas posibles; si bien cada uno de ellos se haya diferenciado con claridad los unos de los otros, pretenden abarcar a todas las situaciones activas de una persona en el ámbito de lo jurídico”. Por ello, partiendo de la base de que tales términos “nada señalan sobre la naturaleza jurídica específica” de estas prerrogativas empresariales (**CRUZ VILLALÓN.** *op. cit.*, p. 128), deben destacarse sus características, pudiéndose – en síntesis - equiparar a los “derechos potestativos”, ejercitables dentro de los límites legales. *Vid.* **RIVERO LAMAS.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41*, *op. cit.*, p. 881; **CRUZ VILLALÓN.** *op. cit.*, p. 130 y 131; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 64. Esto es, que “permite a su titular influir sobre situaciones preexistentes, modificándolas, extinguiéndolas, o creando otras nuevas, y todo ello mediante una unilateral declaración de voluntad y sin que frente a la misma corresponda una obligación de otro sujeto, sin más bien un estado de sujeción”. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *op. cit.*, p. 63. No obstante, la doctrina no es pacífica al respecto. **VALLEJO DACOSTA,** analizando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, prefiere la utilización del término “facultad” (sin descartar, no obstante, el término “derecho potestativo”). **VALLEJO DACOSTA.** *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 185 y ss.

<sup>223</sup> **RIVERO LAMAS.** *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, *op. cit.*, p. 37.

conceptuación más amplia - del *poder empresarial organizacional* se integre la modificación, la suspensión o la resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias. Por el contrario, defendemos que el reconocimiento legislativo de estas facultades halla su fundamento en su condición de contratante, en tanto que la causa del contrato se ha visto afectada, y, por ello, tienen un fundamento estrictamente contractual.

En términos generales, como primera nota que induce a descartar la validez de esta tesis, conviene traer a colación las apreciaciones de algunos de sus autores defensores. En efecto, los partidarios de este planteamiento sostienen que entre el poder de dirección y lo que se denomina “poder empresarial modificativo, suspensivo o extintivo”, media una diferencia sustancial, cual es “la necesidad de que estas últimas decisiones empresariales se justifiquen o legitimen en la concurrencia de una causa determinada legalmente”<sup>224</sup>. Pues bien, estas exigencias legales no sólo operan a modo de condicionantes o límites de su ejercicio, sino que, a nuestro modo de ver, repercuten sustancialmente en la aprehensión de su naturaleza jurídica, porque *constituyen* la facultad misma. En cambio, el poder de dirección empresarial no está sujeto a condición constitutiva alguna. Debe ponerse en duda, por tanto, que puedan integrarse en la misma categoría jurídica.

En segundo lugar, difícilmente puede hablarse de la existencia de un “poder originario”, cuando su ejercicio se supedita, en determinados supuestos, a una previa autorización administrativa y, por lo tanto, es precisa la voluntad de otros sujetos para su perfeccionamiento<sup>225</sup>.

Dejando al margen, por el momento, la cuestión relativa a la delimitación de la naturaleza jurídica de la intervención de la Administración, conviene profundizar respecto a la incidencia de la interposición de voluntades ajenas al empresario en la configuración de este pretendido “poder originario”. Los partidarios de la naturaleza originaria de estos poderes sostienen que el ejercicio está prohibido salvo dispensa. Así, cuando la norma otorga a un tercero la posibilidad de monitorizar estas situaciones con carácter previo a su ejecución, no se está realizando un juicio de oportunidad sobre la decisión empresarial, sino que sólo vigila que concurran las circunstancias previstas en el supuesto de hecho de la norma<sup>226</sup>. La autorización,

---

<sup>224</sup> **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 267.

<sup>225</sup> Como se sabe, en la actualidad, en los casos de suspensión (art. 47 TRET) o cese colectivo del contrato de trabajo (51 TRET) persiste una intensa intervención de la Administración. Intervencionismo que, con anterioridad a la reforma de 1994, se extendía a los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ex art. 40 y 41 ET'80. Aunque, en virtud del art. 203.3 TRLGSS, que regula el desempleo parcial, se ha articulado un (peculiar) mecanismo de modificación sustancial de la jornada (reducción de al menos un tercio) de naturaleza temporal sujeto a la autorización administrativa previa (*vid.* una crítica al respecto *infra*).

Y que de acuerdo con el art. 64.2 Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal la iniciativa para modificar, suspender o extinguir el contrato también corresponde a los trabajadores; y que (art. 64.7) la decisión para la adopción de tales medidas puede ser adoptada, previos los informes y negociaciones pertinentes, por el juez del concurso (STSJ Cataluña 27 de septiembre 2005, AS 2699).

<sup>226</sup> Entre otros, **SALA FRANCO Y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación de la prestación de trabajo*. Deusto, Bilbao 1991, p. 106.



por tanto, queda configurada como un presupuesto objetivo para el válido ejercicio de un derecho (o facultad) que preexiste, de modo que afecta a las condiciones de su ejercicio y no tanto a su existencia<sup>227</sup>. Para corroborar esta opinión, se aduce que no se trata de una imposición de la Administración y, por consiguiente, la autorización administrativa no extingue por sí misma los contratos ni tampoco el empresario autorizado está obligado a extinguirlos<sup>228</sup>.

Ahora bien, si bien es cierto que, en un primer momento – durante la vigencia del DCr'44 -, la doctrina es partidaria del reconocimiento de un poder originario, por cuanto, en aplicación del derecho administrativo, la intervención de la Administración mediante una autorización presupone la preexistencia de un derecho o facultad<sup>229</sup>; posteriormente, esta tesis es objeto de crítica. Se objeta que no puede hablarse propiamente de “autorización” sino de “permiso”. Lo que se traduce en la admisión de su naturaleza constitutiva, implicando una expansión y ampliación de la esfera jurídica del particular y, por lo tanto, en la negación de un derecho previo o originario<sup>230</sup>.

Posteriormente, CRUZ VILLALÓN (analizando el art. 41 ET'80), tras poner en duda la distinción jurídica entre permiso y autorización administrativa, niega la idea de derecho preexistente, sin que pueda trasladarse al ámbito laboral la doctrina clásica de la autorización administrativa, porque está estrechamente vinculada a la institución de la *concesión administrativa* (que en contraste con la autorización supone una titularidad previa de la Administración). Además, resulta un contrasentido reconocer un derecho a un sujeto y seguidamente negarle su ejercicio, por lo que a pesar de que la autorización amplía el patrimonio jurídico del

---

<sup>227</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 265 y 266. Aunque los propios autores matizan que se trata de una facultad “ciertamente atenuada en cierta medida en el caso de los *despidos* colectivos, pues la decisión empresarial se mediatiza por la imposición legal de celebración del período de consultas con vistas a llegar a un acuerdo, y la necesidad de autorización administrativa” [la cursiva es nuestra] – nota 11, p. 28.

<sup>228</sup> *Vid.* **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 185; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 386; **GÁMEZ OREA**. *Despidos colectivos y principio de congruencia*. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos, Madrid, 1996, p. 191; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 206; **CASAS BAAMONDE**. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 49; **SOLÁ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 560, p. 566; **MERCADER UGUINA** y **TOLOSA TRIBIÑO**. *Derecho Administrativo Laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 491; y **RODRÍGUEZ RAMOS**. *Procedimiento (arts. 51, apartados 2 a 9, 13 y 14 ET)*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 530. En términos similares, aunque referido al poder de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *vid.* **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 112 y ss. (vigente el ET'80); y **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., nota 641, p. 448.

<sup>229</sup> **SÁNCHEZ-CERVERA SENRA**. *Resolución administrativa del expediente de crisis*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid, 1970, p. 175 y 176; **OLIET GIL**. *La fijación de las indemnizaciones*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid, 1970, p. 201; **MONTOYA MELGAR**. *El expediente administrativo de crisis*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid 1970, p. 155 y 156; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 270. **RODRÍGUEZ-PIÑERO**, por su parte, habla de “supresión momentánea del poder de despido” [la cursiva es nuestra]. **RODRÍGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 58.

<sup>230</sup> **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, op. cit., p. 200 y 201.

administrado, la sujeción a un control previo implica una limitación de sus derechos<sup>231</sup>. Y RIVERO LAMAS apunta (vigente también el ET<sup>80</sup>) que “se puede poner en duda – pensando con realismo y sinceridad en Derecho – que el empresario tenga un poder previo para adoptar tales medidas, esto es, en sentido inverso, afirmar que lo coherente en estos casos sea sostener que el poder lo tiene la Administración, la cual mediante la autorización amplía el círculo de los derechos del empresario, creando en cada caso la habilitación necesaria para que el empresario pueda adoptar las medidas de referencia”<sup>232</sup>.

En tercer lugar, como apunta MONTOYA MELGAR, la existencia de poder originario del empresario queda desvirtuada, también, desde el instante que se permite a los trabajadores la iniciación del expediente de regulación de empleo (art. 51.9 TRET)<sup>233</sup>; o bien – añadimos –, si

---

<sup>231</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 276 a 280.

<sup>232</sup> RIVERO LAMAS. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, op. cit., p. 107 [aunque, conviene advertir que el propio autor parece matizar dicho criterio en, *Modificación de las condiciones de trabajo*. En “Comentarios a las leyes laborales. T. VIII” (editor Borrajo Dacruz). EDERSA, Madrid 1988, p. 151]; y SANTOS FERNÁNDEZ. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 499 y 500. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ habla del carácter no originario de la facultad extintiva del empresario. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Formalidades y procedimiento de la extinción del contrato de trabajo*. RDS n° 4, 1998, p. 82.

Por otra parte, como se sabe, con anterioridad a la reforma de 1994, un sector de la doctrina, estimaba que el empresario sólo ostentaba una “expectativa de facultad” de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (valoración que algún sector ha extendido a la extinción colectiva del contrato por causas de empresa). CRUZ VILLALÓN, op. cit., p. 209; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 43 y ss; SANTOS FERNÁNDEZ. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 499; PRADOS DE REYES. *Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral*, op. cit., p. 32; y ROJAS RIVERO. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, op. cit., p. 54 y 55.

<sup>233</sup> “Si la técnica jurídica de la autorización significa la remoción por la Administración de un obstáculo para el ejercicio de un derecho propio, carece de sentido atribuir a personas o entes distintos de quien ha de ser autorizado la facultad de instar la correspondiente autorización”. MONTROYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 488; y *Aspectos de la política de empleo (la nueva regulación de los “Expedientes de crisis”)*. CDT n° 0, 1974, p. 154. Incluso, un sector de la doctrina es partidario de extender la legitimidad tanto si se alcanzan los umbrales numéricos del art. 51.1 TRET como si no. GOERLICH PESET. *La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas*. RTSS n° 14, 1994, p. 16. Circunstancia que lleva al MONTROYA MELGAR a afirmar que “la construcción legal es un callejón sin salida posible”, porque conviene plantearse “qué virtualidad tendrá, sin embargo, la autorización que – no se olvide – sólo es una pura autorización, un permiso, y nunca una imposición” si el empresario (cuya sorpresa al verse autorizado para hacer algo que no pidió sería notable) decide no hacer uso de ella?”. Por este motivo, “el legislador debiera haberse atrevido a facultar abiertamente a la Administración, no a autorizar, sino a imponer las pertinentes medidas de regulación del empleo”. MONTROYA MELGAR, op. cit., p. 488; y *Derecho del trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 150 y ss. En este sentido, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE descartan la idea de una autorización y apuestan por una “decisión de la administración que se le impone” al empresario. Lo que de nuevo descartaría la idea de un poder empresarial. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 449. En términos similares, MARTÍNEZ GIRÓN. *Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España*, op. cit., p. 794; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem, Madrid 1995, p. 282; GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 116; NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 203; y VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 428. Por ello, la doctrina aboga por defender la transformación de la naturaleza jurídica del expediente, pasando de ser un procedimiento que busca una autorización para extinguir a ser un procedimiento en el que lo que se pretende es que la administración proceda directamente a la extinción. GOERLICH PESET, op. cit., p. 10.

Por otra parte, en tanto que la legitimación de los trabajadores supone una usurpación de una facultad estrictamente empresarial, atentando contra la tesis que sostiene que el fundamento de los poderes del empresario se encuentran en la libertad de empresa (art. 38 CE), la doctrina ha tratado de salvar este escollo argumentando que “al instar el expediente, los trabajadores no pretenden incidir sobre la gestión de la empresa – materia amparada por el precepto constitucional –, sino sólo sobre la situación de sus propios contratos, amenazados por la crisis económica”. GOERLICH PESET, op. cit., p. 13.

atendiendo a la legislación concursal, se observa el reconocimiento a los representantes de los trabajadores de legitimación para solicitar el inicio del “expediente”<sup>234</sup>.

En cuarto lugar, la tesis del poder originario del empresario pierde fuerza si se acepta, como se razonará con posterioridad, que la actuación de la Administración, en puridad, no puede calificarse estrictamente como reglada, sino que en tanto que desarrolla una actividad *arbitral* o *cuasi arbitral*, opera con un margen de discrecionalidad considerable<sup>235</sup>. Como apunta SANTOS FERNÁNDEZ (vigente el TRET), “los amplios poderes discrecionales que la Administración se reserva en esta materia [art. 51.6 TRET] hacen ilusoria la imagen de un derecho preexistente”, por lo que al “no [existir] un poder originario del empresario para extinguir (...) sólo podemos hablar, por tanto, de una mera expectativa de facultad”<sup>236</sup>.

En quinto lugar, pese a que jurisprudencia admite que, una vez obtenida la autorización, el empresario no está obligado a ejecutar la decisión autorizada<sup>237</sup>, no se trata de un criterio uniforme, pues, en algunos supuestos, se ha obligado al empresario a resolver el contrato a instancia del propio trabajador, una vez que la Administración ha autorizado la resolución y se ha negado a ejecutarla<sup>238</sup>. Lo que contribuye a rebatir la idea de un poder originario. Los Tribunales han justificado esta imposición sobre la base de la existencia de un

---

<sup>234</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 y 4 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>235</sup> En términos de un sector de la doctrina, “discrecionalidad técnica”. *Vid.* al respecto, NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 226. En estos supuestos, la administración desempeña una función arbitral (o *cuasi arbitral*) resolviendo un conflicto de interés, entre privados pero en el que también está implicado un interés público, por lo que difícilmente puede admitirse que su intervención sea absolutamente reglada y exenta de discrecionalidad.

<sup>236</sup> SANTOS FERNÁNDEZ. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, *op. cit.*, p. 499. En idénticos términos, PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 236. No obstante, la jurisprudencia mantiene que “la concurrencia efectiva de las causas legales de los *despidos* colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el Legislador se sujeta a un procedimiento de verificación por las Administraciones de carácter reglado, sin que éstas dispongan de facultades discrecionales que les permitan oponerse a los *despidos* ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales de los *despidos* colectivos establecidas por el legislador” [la cursiva es nuestra]. STS [C-A] 23 de junio 2003 (RJ 5785). *Vid.* también la importante STS [C-A] 21 de abril 2005 (RJ 4314).

<sup>237</sup> De hecho, el TS ha declarado en múltiples ocasiones que la autorización administrativa no extingue “per se” los contratos laborales, sino que se limita a autorizar al empresario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando, por tanto, una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario. SSTS [C-A] 27 de noviembre 2002 (RJ 2003\865); [C-A] 12 de febrero 2003 (RJ 2084), que cita las SSTS [C-A] 26 de abril y 22 de mayo de 2002, (RJ 6504 y 9427); y [Social] 12 y 15 de julio, (RJ 3416 y 5794); y 5 de octubre de 1999 (RJ 7544). *Vid.* también, STS 30 de octubre 1989 (RJ 7465).

<sup>238</sup> STS 3 de julio 1987 (RJ 5057). En términos similares, la STSJ País Vasco 16 de febrero 1999 (AS 564) afirma que “el art. 20 del Decreto 43/1996, 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (en adelante, RPRE), remite a lo establecido en el Capítulo I, ambos del Título I, y que en éste el art. 15 dispone que ‘Las resoluciones administrativas expresas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo se presumen válidas y producirán efectos desde la fecha en que se dicen salvo que en ella se disponga otra cosa’. Por ello, no acreditada (ni invocada) la demora en la eficacia del acto administrativo, la ejecutividad que impone esta norma - en consonancia con lo dispuesto en el art. 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre - *obligaba* al empresario a suspender la relación laboral del trabajador” [la cursiva es nuestra].

ánimo fraudulento<sup>239</sup>; o bien, en la existencia de un pacto previo con los representantes de los trabajadores<sup>240</sup>.

### **2.3.5.1.2.- Objeciones específicas.**

Más allá de estas objeciones genéricas a los tres “*poderes empresariales*” enunciados – extintivo (a.-); suspensivo (b.-); y modificativo (c.-) -, a continuación, se profundiza someramente en la crítica de cada uno de ellos.

#### **a.- Crítica a la existencia de un ‘poder extintivo’.**

Un sector de la doctrina entiende que puede hablarse de la existencia de un “poder de despido”<sup>241</sup>, caracterizado por su eficacia originaria y su *acausalidad*. El punto de partida, se encuentra en el rechazo a la mecánica de la resolución contractual, especialmente en los supuestos de incumplimiento grave y culpable<sup>242</sup>, a partir de la consideración de la *eficacia original*

---

<sup>239</sup> STSJ Cataluña 10 de febrero 1998 (AS 1476). Un comentario de esta sentencia en, **LUJÁN ALCARAZ**. *¿Vincula al empresario la autorización administrativa para despedir colectivamente?* ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1191).

<sup>240</sup> La STSJ Cataluña de 10 julio 1998 (AS 3192) apunta que “es cierto que el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 octubre 1989 (RJ 7465) ha puesto de relieve que aun cuando las resoluciones administrativas que ponen término a los expedientes de regulación de empleo gocen de ejecutividad, eso no quiere decir que extingan o suspendan por sí mismas las relaciones laborales a que afecten, ya que para que ello ocurra ha de existir una posterior decisión del empresario que, amparada en los mismos, ponga en práctica o haga efectiva la extinción o suspensión, pero esto no quiere decir que si la decisión del empresario no se produce el trabajador no pueda exigirla con fundamento precisamente en los pactos que sirvieron de base a la resolución administrativa”. En términos similares, STSJ Andalucía (Sevilla) de 26 abril 2002 (AS 1634).

A mayor abundamiento, parece contribuir a poner en entredicho la validez de la tesis de la validez originaria del poder empresarial, el hecho de que si una decisión empresarial es autorizada y posteriormente revocada administrativamente o judicialmente, se condene a la Administración, y no al empresario, al abono de una indemnización. *Vid.* al respecto, STSJ Galicia 25 de octubre 2004 (AS 3773): “es el empresario el que solicita ante la autoridad laboral competente, a través de un expediente de regulación de empleo, la suspensión de contrato de trabajo por causas económicas, organizativas o de producción, y previos los trámites legales oportunos es la autoridad la que decide si autoriza o no la suspensión de los contratos, por tanto, no es la empresa la que adopta la decisión de suspensión sino la autoridad laboral”. En términos similares, la STSJ País Vasco 16 de febrero 1999 (AS 564), exime de responsabilidad contractual al empresario que ha suspendido el contrato por causas de empresa, previa obtención de la autorización pertinente, por no existir incumplimiento de una obligación legal. En cambio, proclamando la responsabilidad empresarial en un supuesto de suspensión inicialmente autorizada por la Administración y posteriormente revocada, STSJ Castilla La Mancha 21 de abril 1999 (AS 1889). Criterio confirmado recientemente por la STS 24 de enero 2006 (rec. 4915/2004, BDCGPJ), que rebate la citada STSJ País Vasco de 16 de febrero 1999, porque “es el empleador quien ha de soportar las consecuencias derivadas de la ejecución y posterior nulidad de la autorización administrativa de un *despido* colectivo” [la cursiva es nuestra].

<sup>241</sup> Según este planteamiento, la causa pasa a convertirse “en un mero límite interno en el ejercicio de este poder al imponerse una limitada responsabilidad para su ejercicio arbitrario”. **RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 43 y ss. *Vid.* también, del mismo autor, *Derecho, trabajo y despido*, *op. cit.*, p. 6 y ss, donde afirma que el “concepto de *despido* se inserta dentro de las llamadas prerrogativas del *management*, los poderes del empleador” [la cursiva es nuestra].

<sup>242</sup> Recuérdese que en este planteamiento subyace la distinción que opera en el derecho alemán entre el *künndigung* (desistimiento) y la resolución del contrato. Y que la figura de la resolución en los contratos duraderos (no de tracto

de la decisión extintiva empresarial y de una determinada conceptualización de los términos “justa causa”.

Como crítica general a este planteamiento debe partirse de la base de que el trabajador también tiene reconocidas una facultades extintivas. Sin entrar, por el momento, a valorar la naturaleza jurídica de las mismas, lo cierto es que el art. 50 TRET y los arts. 40 y 41 TRET reconocen al trabajador la posibilidad de extinguir el contrato indemnizadamente (por motivos imputables e inimputables del empresario). Luego, por lo menos, cabe poner en entredicho que la esta facultad extintiva tenga una naturaleza distinta a la reconocida al empresario.

Por otra parte, dentro de esta corriente doctrinal, en cuanto a la definición del concepto “justa causa” aparecen divergencias destacables, pudiéndose identificar – a grandes rasgos - dos “líneas argumentales”.

- *Primera Línea Argumental*: Un sector de la doctrina (encabezado por RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>243</sup>) fundamenta la alteración sobrevenida de las circunstancias en una dimensión estrictamente individual, esto es, en la mera existencia de un interés subjetivo del empleador, el denominado “interés del empresario”. Planteamiento que gravita alrededor de la *eficacia originaria de la decisión extintiva del empresario*. El origen de este planteamiento toma como punto de partida la reforma de la organización corporativa de 1928, afirmándose que a partir del Decreto 22 de julio se produce una transformación sustantiva de la naturaleza jurídica del despido. En síntesis, se afirma que la nueva redacción del art. 17 DLOCN’26, “se limita a fijar las consecuencias de la falta de causa suficiente en un despido”, sin que ello suponga “por sí ni necesariamente la nulidad e ineficacia de ese despido”<sup>244</sup>. Este planteamiento evidencia, según

---

único) queda desplazada, casi sin excepción, por el desistimiento siempre que concurra una “causa relevante” (*vid. nota supra*).

<sup>243</sup> No obstante, en alguna ocasión este autor parece admitir que la fundamentación dogmática de estos supuestos extintivos, se halla o bien en la teoría de la imposibilidad impropia, o bien en la excesiva onerosidad sobrevenida. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y GONZÁLEZ ORTEGA**. *La extinción del contrato de trabajo y el desempleo*. RSS nº 12, 1981, p. 40.

<sup>244</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 35 y 36. Contribuye a este planteamiento el hecho de que con anterioridad a 1928 la jurisprudencia se negara a admitir la responsabilidad por mora del empresario. Si se excluye la posibilidad de que el empresario incurra en mora, implícitamente se está atribuyendo ciertos efectos a su decisión extintiva. Como se sabe, la mora implica un retraso cualificado en el cumplimiento de la prestación. No obstante, como apunta MOLERO MANGLANO, el término “mora” (o “cumplimiento moroso o tardío”) es inexacto porque “adelanta el resultado de la conducta del deudor, presuponiendo que acaba cumpliendo, pero tarde”. Por lo tanto, si en el momento en el que la obligación debe consumarse no sucede así debido al deudor, “lo único que ciertamente consta, de momento, es que hay incumplimiento”. **MOLERO MANGLANO**. *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975, p. 130. Ahora bien, declarada la improcedencia de la decisión extintiva, si el empresario no debe abonar los salarios “que hubiera podido percibir de haberse cumplido el contrato hasta su término normal”, en vez de retraso (y, por ende, mora), lo que acontece es una verdadera extinción del contrato desde la fecha de la decisión empresarial. Es decir, el “mero retraso en el cumplimiento” se convierte en un “incumplimiento contractual”, con efectos desde la fecha del despido. Lo que implica que el negocio jurídico en que consiste la decisión de despedir, a pesar de su ilegalidad, produce efectos jurídicos *ab initio*. Por consiguiente, implícitamente se está aceptando la eficacia originaria del despido, esto es, la validez de la decisión extintiva con independencia de la validez del motivo alegado. En último término, al aceptarse que el despido no precisa de un motivo suficiente como presupuesto de validez, se está otorgando al empresario un poder disolutorio que le asemejaría al desistimiento.

el citado autor, una consecuencia de gran calado: la impugnación del despido parte de la *validez originaria de la decisión del empresario*<sup>245</sup>. En definitiva, el efecto de la decisión extintiva supone el “carácter no causal del despido”, o de otro modo, el “despido es un negocio jurídico abstracto”<sup>246</sup>. Según este autor, la atribución de eficacia originaria a la decisión del empresario desvincula la efectividad del despido a la existencia de una causa que lo justifique. Aunque, a diferencia del desistimiento, su ejercicio en los contratos por tiempo fijo está limitado por la ley a través de la exigencia de una justa causa. Si la decisión de despedir es válida y eficaz, *ab initio*, no puede declararse la nulidad del negocio jurídico que la sustenta. Por este motivo, el Decreto de 1928 se limita a reconocer al trabajador la facultad para reclamar frente a un despido carente de causa justificativa, pero no para exigir a los órganos corporativos ni la readmisión ni la indemnización. El trabajador sólo tiene reconocido un derecho a *reclamar* que el despido ha sido injustificado y, por lo tanto, es el Presidente del Comité paritario el único capacitado para modificar la situación jurídica creada con el despido, a través de una sentencia constitutiva que *anule* (“en sentido amplísimo”) el despido con eficacia retroactiva<sup>247</sup>. Planteamiento que – según el citado autor – quedará corroborado con la promulgación de la LCT<sup>31</sup> y, en concreto, con la inclusión de la ineptitud entre el listado de las causas de despido<sup>248</sup>.

Aunque este planteamiento se predica con respecto al “despido”, entendido en su formulación *extensa*, en la resolución del contrato por circunstancias inimputables del trabajador se considera que no se trata “sustancialmente de un desequilibrio sobrevenido de la equivalencia de las prestaciones de las partes, sino más exactamente de una modificación de las

---

Sin embargo, como objeción a este razonamiento conviene recordar que el sistema jurídico – utilizando la terminología de BETTI - establece la “inefectividad” del despido a no ser que concurren las circunstancias legalmente establecidas (justa causa). Si no concurren, el negocio jurídico en que consiste la decisión empresarial carece de todo efecto (nulidad *ex tunc*), porque al no concurrir los requisitos legales carece del presupuesto de validez. Si la decisión de despedir del empresario injustificada no produce efectos, se puede afirmar que no se ha producido un “incumplimiento contractual”, sino un “mero retraso en el cumplimiento” culpable. Por consiguiente, el empresario incurre en mora (art. 1100 CC). **ALBADALEJO GARCÍA**. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, Vol. 1º, Arts. 1088 a 1124 del Código Civil. RDP, 1989, p. 355.

<sup>245</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 35 y 36. Una aplicación de este planteamiento al régimen previsto en el ET<sup>80</sup> (opinión probablemente extensible al TRET), en, **MONTOYA MELGAR**. *El despido improcedente y sus efectos*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 516 y 517. En términos similares, GIL Y GIL sostiene que el “despido que aplica el empresario puede ejecutarse de forma inmediata, sin que la eventual impugnación del trabajador suspenda o difiera su eficacia”. **GIL Y GIL**. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 58. *Vid.* también **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrado Dacruz), EDERSA, 1994, p. 199 y 200; y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 230.

<sup>246</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 43. Aunque puntualiza que la acausalidad del despido “debe aceptarse siempre que la referencia a negocio abstracto no se haga 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” (p. 43 y 44).

<sup>247</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.* Una conclusión similar alcanza un sector de la doctrina, pero por otro camino. Concretamente, se sostiene que declarado el despido ilícito, la monetización de la prestación específica significa que la decisión extintiva del empresario tenga eficacia extintiva *per se*. Entre otros, **DURÁN LÓPEZ**. *Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo*. RL 1991 - I, p. 363.

<sup>248</sup> *Vid.* al respecto, *Apartado C* de este *Capítulo IV*.

circunstancias en que se desarrolla la actividad económica del empleador, de tal manera que, aun persistiendo el valor objetivo de la prestación del trabajador el interés a la misma del empleador ha desaparecido”<sup>249</sup>. Así, “cabe decir que la justa causa es toda circunstancia en base a la cual no debe hacerse exigible al empleador la continuidad de la relación de trabajo por haber desaparecido el interés por ella (...) ya porque ese cumplimiento se haga imposible (...) ya porque las directrices cambian de tal modo que la colaboración productiva del trabajador o la realización del trabajo mismo no sean necesario a la empresa, o la actividad productiva de la empresa misma deje de interesar al empleador”<sup>250</sup>. Interés empresarial, en definitiva, protegido por el ordenamiento y concretado en la necesidad originada por una dificultad coyuntural de la empresa. Así, aunque se admite que deben tenerse en cuenta otros intereses concurrentes, éstos no actúan como fundamento, sino que simplemente deben ser conjugados o valorados en el proceso de adopción de la medida<sup>251</sup>.

Sin embargo, la tesis de la eficacia originaria de la decisión extintiva del empresario no puede aceptarse por varias razones. Crítica cuya exposición se divide en dos “baterías” de argumentos (i.- y ii.-).

i.- En primer lugar, porque no puede defenderse la acausalidad del negocio extintivo. En este sentido, debe traerse a colación la tesis defendida por MONTOYA MELGAR que afirma que la resolución – y, por ende, el despido - como negocio jurídico extintivo no es abstracto: “si por causa de un negocio jurídico se entiende la finalidad económico-social que le atribuye el Derecho no hay duda de que todo ‘acto extintivo’ tiene una causa, y que ésta es, invariable y necesariamente, el interés en la disolución de un vínculo jurídico”. Llegados a este punto, es conveniente distinguir entre la *causa* (como función económica y social del negocio) y las *causas justas* del acto extintivo: “mientras que la causa en sentido técnico es la misma para todo negocio extintivo – a saber, satisfacer el interés de la parte o partes que decidan resolver el contrato, mediante la cesación de la relación jurídica -, las llamadas ‘justas causas’ de resolución del contrato son las varias circunstancias cuya presencia el ordenamiento exige para otorgar legitimidad al acto extintivo”<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos, op. cit.*, p. 53 [la cursiva es nuestra]. Planteamiento que debe contextualizarse debidamente, puesto que este autor construye toda su tesis alrededor de la naturaleza originaria del *despido*, lo que le permite sostener su *acausalidad*.

<sup>250</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos, op. cit.*, p. 32. En términos similares, CRUZ VILLALÓN habla de “necesidades organizativas empresariales”. **CRUZ VILLALÓN.** *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 122. ROJAS RIVERO sostiene que el modelo organizativo, condicionado por el sistema de producción capitalista, va dirigido a alcanzar el beneficio empresarial, proveyendo al empresario los mecanismos necesarios para ello. Por este motivo, los intereses de los trabajadores en el proceso de producción se supeditan al logro de la finalidad para la que el empresario ha constituido la empresa en competencia con otros. **ROJAS RIVERO.** *Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo.* En “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”. MTAS. Madrid, 1996, p. 278.

<sup>251</sup> **SOLÀ MONELLS.** *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, p. 54 y 55.

<sup>252</sup> **MONTOYA MELGAR.** *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador, op. cit.*, p. 30 y 31.

Además, cabe oponer otras objeciones a la tesis que sostiene RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>253</sup>. El negocio jurídico en que consiste la decisión extintiva declarada injustificada debe calificarse como nula, por contravenir, *al menos*, el contenido de la Ley, *ex art.* 4 CC<sup>254</sup>; y, por consiguiente, carente de efectos jurídicos<sup>255</sup>. A pesar de que la nulidad opera *ipso iure*, no precisando ni una declaración judicial ni una previa impugnación del negocio; es evidente – siguiendo a la mejor doctrina – que si, de hecho, ha surgido cierta apariencia negocial, “podrá ser útil, y aun prácticamente necesario, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar la intervención judicial”<sup>256</sup>. Por lo tanto, no puede aceptarse, como sostiene RODRÍGUEZ-PIÑERO, que se trata de un negocio *acausa*<sup>257</sup>, afirmando que esto es así, porque las consecuencias del ejercicio arbitrario del despido, no sólo no motiva la nulidad radical y absoluta, sino que, incluso, puede llegar a producir plena eficacia si el trabajador no lo impugna<sup>258</sup>.

Por otra parte, la afirmación que sostiene que la sentencia es la encargada de declarar que el despido “es defectuoso por carecer de justificación por lo que puede ser impugnado (*anulado*) con eficacia retroactiva”<sup>259</sup>, tampoco puede ser compartida. Siguiendo a BETTI, la anulación, como expresión de *invalidéz*, hace referencia a defectos *intrínsecos* del negocio jurídico, por lo tanto, “ponderables en el momento mismo en que el negocio surge o debe tomar vigor”. En cambio, la *ineficacia* hace referencia a los negocios en los que “están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho *extrínseca* a él”<sup>260</sup>. Por consiguiente, conforme a esta distinción entre *invalidéz* e *ineficacia* en sentido estricto, si el despido tiene eficacia originaria nunca podría ser

---

<sup>253</sup> Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, con el fin de proceder a un análisis sistematizado y en aras a la claridad expositiva, el resto de objeciones a la teoría de RODRÍGUEZ-PIÑERO se apuntarán brevemente con ocasión del análisis de las innovaciones introducidas en la reforma de 1928.

<sup>254</sup> Son nulos “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez”. En la actualidad, art. 6.3 CC.

<sup>255</sup> *Vid.* PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>256</sup> LACRUZ BERDEJO. *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 353. En la doctrina laboral, ALMANSA PASTOR. *El despido nulo*, *op. cit.*, p. 158. No obstante, conviene tener presente que el ordenamiento jurídico no puede reaccionar contra la mera pasividad u omisión de ejercicio de los derechos del trabajo, incluso, en los supuestos que se califiquen como irrenunciables. ALONSO OLEA. *Derechos irrenunciables y principio de congruencia*, *op. cit.*, p. 322.

<sup>257</sup> En efecto, se afirma que “la causa del despido no encaja en el concepto tradicional de causa del negocio jurídico. Cuando hace referencia a la causa del despido no se utiliza el concepto de requisitos de los negocios jurídicos patrimoniales, en los que el ordenamiento exige una causa (verdadera, existente y lícita – arts. 1275 y 1276 del Código Civil –) para admitir la existencia y validez de una atribución patrimonial. Este concepto de causa es inaplicable al despido, que no se configura como negocio jurídico causal, sin que sea necesaria la causa como elemento esencial para la existencia del mismo”. GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 67. *Vid.* también, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>258</sup> *Vid.* también, GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 64 y ss.

<sup>259</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 69 [la cursiva es nuestra]. Por su parte, GIL Y GIL sostiene que “con la previsión expresa de la anulabilidad del despido (...) el legislador equipara los supuestos de hecho negociales válidos e inválidos (improcedentes o nulos) en lo que mira a la producción de efectos del acto hasta la anulación del mismo”. GIL Y GIL. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 58 y 59.

<sup>260</sup> BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 405. En términos similares, CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*. Traducción de ALBALADEJO. Editorial Aguilar. Madrid, 1956, p. 273 y ss. LACRUZ BERDEJO habla de defecto estructural. LACRUZ BERDEJO. *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, 1987, p. 344.



declarado “inválido” y por lo tanto anulado<sup>261</sup>. En todo caso, debería ser declarado “ineficaz”, porque los defectos que concurren no son *intrínsecos* al negocio sino *extrínsecos*, pues si efectivamente ha extinguido el contrato es porque están en regla los “elementos esenciales y los presupuestos de validez”<sup>262</sup>. Si se aceptara esta tesis, difícilmente podría derivarse la obligación del empresario de abonar los salarios de tramitación<sup>263</sup>.

La sentencia que resuelve un supuesto de despido, como se analizará, no siempre tiene carácter constitutivo, sino que puede ser meramente declarativa. Si se acepta la posibilidad de la resolución extrajudicial, sin necesidad de acudir a la demanda judicial, la sentencia que decreta si dicha resolución es procedente o improcedente deberá ser meramente declarativa y no constitutiva<sup>264</sup>.

Sin perjuicio de lo que se expondrá con posterioridad al analizar el régimen jurídico del despido<sup>265</sup>, tampoco puede confundirse la causalidad del despido con el régimen jurídico procesal previsto para la ejecución de las obligaciones del deudor<sup>266</sup>. En puridad, debe descartarse que la conversión (por el motivo que sea) de la obligación específica en la

---

<sup>261</sup> Si bien es cierto que CARIOTA FERRARA incluye a la anulabilidad dentro del concepto de “ineficacia en sentido amplio”, definida como “los casos en los que la reacción del ordenamiento incide sobre la producción de los efectos, que se elimina o se reduce o se perturba”; luego precisa que “examinando, sin embargo, la cuestión a fondo, no se tarda en distinguir un doble grupo de situaciones. La ineficacia puede ser, ella sola, la que vicie el negocio, y, por el contrario, puede representar sólo el resultado de un vicio más grave que alcanza al negocio en su propia estructura y consistencia. En un grupo de casos se tiene simple ineficacia o ineficacia en sentido estricto; en el otro se tiene inexistencia, invalidez o impugnabilidad del negocio”. CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, op. cit., p. 272.

<sup>262</sup> No obstante, la doctrina no es pacífica al respecto. Según Díez-PICAZO, “la distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible” (...) porque “ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido, por lo que invalidez e ineficacia son conceptos iguales”. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*. ADC 1961, p. 824. Tesis recogida por un sector de la doctrina laboral. Vid. GIL SUÁREZ. *Validez e invalidez del contrato de trabajo*, op. cit., p. 352; y ALMANSA PASTOR. *La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*, op. cit., nota 25, p. 46. A esto puede objetarse que, siguiendo con PALOMEQUE LÓPEZ, si bien el “término ineficacia alude, en sentido primario, a una idea de carencia o no producción de los efectos propios del acto”, esta significación “pasa por alto si la ausencia de efectos se expresa de forma originaria (carencia) o se ha manifestado en virtud de elemento sobrevenido (cesación)”. Por ello, aunque sea común a todos estos casos una carencia o no producción de efectos, en mayor o menor grado, “ciertamente no se expresa, en todos ellos, con arreglo a idénticos criterios o notas semejantes”. PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, op. cit., p. 73 y 74. Vid. también, MONTOTOYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, op. cit., nota 4, p. 10; y SANTORO-PASSARELLI. *Noiones de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 146.

<sup>263</sup> A no ser que se entendiera que su naturaleza es indemnizatoria, opción que debe descartarse porque claramente está en radical oposición a su más esencial naturaleza jurídica.

<sup>264</sup> Vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte). En términos similares, GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, op. cit., p. 758.

<sup>265</sup> Vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>266</sup> De hecho, la regulación jurídica sobre la materia (expresamente – como se verá – desde 1928 hasta la actualidad) distingue ambos planteamientos. La condena al abono de los salarios de tramitación es una expresión de la negación de efectos jurídicos del despido sin causa. En otro orden de cosas (estrechamente relacionado pero en un plano jurídico-conceptual distinto), se encuentran los mecanismos jurídico-procesales previstos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Lo que no quita, por otra parte, que, desde un punto de vista ejecutivo, se produzca un vaciamiento de la efectividad del derecho del trabajador al cumplimiento del término pactado, esto es, a la permanencia del puesto de trabajo. Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, op. cit., p. 209. Medida que pone claramente de manifiesto que “la ejecución del despido no es una medida neutra y subsidiaria de lo dispuesto en sede material; complementa el propio régimen del despido, y ello es particularmente evidente en el derecho español, donde la descripción del régimen jurídico del despido no ha sido nunca completa sin la adecuada mezcla de normas materiales y procesales” (p. 212).

equivalente desnaturalice el principio de causalidad, pasando a convertirse en una “necesidad de causa para que el autor de la ruptura del contrato resulte indemne”. Según esta tesis, “el empresario requiere una justa causa, no para despedir, sino para no tener que indemnizar al trabajador”. Lo que lleva a afirmar que “para mantener la concepción de que la causalidad pesa sobre el despido es imprescindible la readmisión: si no se admite así debemos concluir que la causalidad recae sobre la indemnización”<sup>267</sup>. De algún modo, se entiende que hay despido causal si la readmisión es obligatoria y en cambio es libre (*ad nutum*) si no lo es. Es decir, se afirma, erróneamente, que la readmisión obligatoria del trabajador injustamente despedido es un elemento inmanente al principio de causalidad. Planteamiento que debe rechazarse, pues, la antijuricidad puede traducirse también en el pago de una indemnización<sup>268</sup>. En definitiva - entendemos - se está confundiendo la lógica de la resolución contractual, con los mecanismos dirigidos a aplacar las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma para el deudor. O, en otros términos, se identifica (o confunde) el plano sustantivo con el procesal. Por otra parte, si se aceptara este planteamiento se estaría pasando por alto que para que nazca el deber de indemnizar es preciso que previamente se haya producido un incumplimiento contractual por parte del empresario. Recuérdese que la circunstancia que motiva el deber indemnizatorio, según el régimen de 1928, no es la ausencia de un motivo extintivo, sino la no readmisión. Entenderlo de otro modo implicaría aceptar la presunción de que el empresario siempre debe indemnizar, salvo prueba en contrario. Lo que, lejos de la normalización, colocaría a las decisiones empresariales en el ámbito de lo ilícito por defecto. Y finalmente, si, efectivamente, se aceptara que se ha desplazado el requisito causal del despido a la indemnización, difícilmente podría encontrarse un razonamiento jurídico que vinculara lo ilícito con la readmisión, pues, si se presupone, *per se*, el deber de indemnizar, lo razonable sería que la condena siempre se tradujera en una compensación económica. Es decir, la readmisión sería una traducción de la antijuricidad del comportamiento del empresario ajena a la naturaleza del acto ilícito.

En términos generales, cuando el deudor no “adecua su conducta a la previsión del vínculo obligacional y lo incumple, el derecho ha de tender y tiende a restablecer el equilibrio roto”<sup>269</sup>. En tales casos, el ordenamiento jurídico ha de actuar de tal forma que “consiga, mediante el cumplimiento anormal o forzoso de la obligación lo mismo o lo más aproximado

---

<sup>267</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 38 y 39; y **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Despidos por causas objetivas en la Europa Comunitaria y en España*. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980, p. 297. En términos similares, NÚÑEZ-SAMPER, apunta que el art. 299 Ccom fija la “posibilidad de rescisión sin causa, salvo el pago de una indemnización”. Mientras que RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ asevera que “entre un sistema que no requiere la justificación o formalidad del despido y otro que, aún exigiéndolas, admite la idoneidad de mismo para romper la relación de trabajo, no hay diferencia alguna”. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *El incidente de no readmisión*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989, p. 147.

<sup>268</sup> **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>269</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 49.

que se habría conseguido en caso de pago o cumplimientos normales”<sup>270</sup>. En la medida que el empresario ha extinguido el contrato sin motivo justificado, acontece, sin lugar a dudas, un incumplimiento contractual. De otro modo, se estaría confundiendo el incumplimiento culpable con otras instituciones jurídicas, como el desistimiento<sup>271</sup>.

Dicho esto, siguiendo las palabras de ALONSO OLEA, una declaración resolutoria acaecida respecto de una obligación recíproca, implica un incumplimiento de la propia obligación, y por tanto, pone en juego la mecánica del art. 1124 CC. A no ser que previamente se alegue y se pruebe el incumplimiento previo de la otra parte: “incumplimiento antecedente que justifica el incumplimiento consecuente propio envuelto en la declaración o manifestación resolutoria, legitima este acto, lo hace eficaz, y lo libera de toda sanción”. Por lo tanto, concluye, “la resolución en las obligaciones recíprocas, para ser legítima, ha de ser causal, consistiendo esta causa en el incumplimiento previo del recíprocamente obligado”<sup>272</sup>.

A partir de estas premisas, y tal y como apunta VALDÉS DAL-RÉ, “el principio de causalidad del despido sólo es verdaderamente reconocible como tal cuando actúa no como instrumento de validación de los despidos con causa sino, y ello es bien distinto, como técnica de tutela frente a los despidos sin causa. De no ser así, de atribuirse plena eficacia extintiva a una voluntad unilateral del empresario privada de justa causa, la diferencia entre el recesso *ad nutum* y el sistema de despido causal pero indemnizado termina enredándose en un simple problema de coste económico; en una mera opción tarifaria en la que el interés en juego se desplaza del campo de los derechos personales al de los de carácter patrimonial”<sup>273</sup>. En efecto, el patrón de la extinción *ad nutum* responde a otro tipo de lógica, pues, supone la ausencia de control judicial posterior y además no conlleva carga económica alguna<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones, op. cit.*, p. 49.

<sup>271</sup> Según SUÁREZ GONZÁLEZ “la posibilidad de que el empresario desista unilateralmente del contrato ha sido prácticamente anulada, con carácter general, aunque algún sector doctrinal pretenda lo contrario, en base a que se puede siempre romper un contrato a través del incumplimiento, tesis, ésta que, por su propia carencia de valor jurídico, no requiere refutación especial”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido, op. cit.*, p. 37. En contra, *vid.* GARCÍA DE HARO. *El riesgo de paro en el seguro nacional de desempleo*. RISS nº 3, 1963, p. 534 y 535.

<sup>272</sup> ALONSO OLEA. *El despido disciplinario. Su carácter causal*. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969, p. 42 y 43; y CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva, op. cit.*, p. 47.

<sup>273</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado, op. cit.*, p. 133. En términos similares, RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo, op. cit.*, nota 97, p. 176 y 177; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET, op. cit.*, p. 684; ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial, op. cit.*, p. 57; y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. “Cargo de confianza” extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario (Comentario a la STSJ de Madrid de 2 julio 1998). ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1046). En sentido contrario, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928, op. cit.*, p. 26 y ss; BAYÓN CHACÓN. *El despido, concepto y clases, significación jurídica y social*. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid 1969, p. 23; ALBIOL MONTESINOS. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador, op. cit.*, p. 51; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *El incidente de no readmisión, op. cit.*, p. 147; y NÚÑEZ-SAMPER. *Evolución del despido sin causa, op. cit.*, p. 300.

<sup>274</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, GASCÓ VIDAL y DE VICENTE PACHÉS. *Aproximaciones a la incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación del despido disciplinario*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 307. El hecho de que la norma prevea el cumplimiento por equivalente no debe confundirse con el reconocimiento de la facultad de desistimiento, pues si realmente operara, la decisión del

En suma, conviene reiterar que el Decreto de 1928, lejos de modificar la naturaleza jurídica del despido, siguiendo con la dinámica de la Ley de Tribunales Industriales de 1908, se limita a pulir ciertos aspectos de la *lógica contractual común aplicable al incumplimiento culpable*. Aspectos para cuya concreción nos remitimos a lo que se expondrá con ocasión del estudio del régimen jurídico del despido.

ii.- En segundo lugar, la tesis de la eficacia originaria del despido debe rechazarse porque soslaya un aspecto sustancial inmanente, como es, que dicho “interés empresarial” no puede circunscribirse estrictamente a una esfera subjetiva del empleador. El empresario está *legalmente* facultado para alterar, suspender o resolver los contratos única y exclusivamente en tanto que con ello garantice, en la medida que se estime más idónea, la continuidad de la organización productiva y de este modo los empleos. El conflicto, por tanto, se desplaza a otro estadio, esto es, a una decisión de naturaleza contingente, cual es, la determinación de la forma que se estime mejor para posibilitar la continuidad de la organización productiva. Dejando – por el momento - al margen esta cuestión, la subordinación del ejercicio de estas facultades contractuales al principio de causalidad está delimitando un elemento intrínseco al propio negocio jurídico en que consiste la alteración del marco contractual pactado. Por lo tanto, no puede aceptarse que los intereses distintos al empresarial no actúan como fundamento, sino que deben ser conjugados o valorados en el proceso de adaptación de la medida<sup>275</sup>. De otro modo, se estaría debilitando sustancialmente el principio de causalidad, dado que se estaría aceptando que la causa es un mero límite interno en el ejercicio de dicho poder al imponerse una determinada responsabilidad para su ejercicio arbitrario; cuando verdaderamente la causa es un título legitimador que habilita a una de las partes del contrato a ejercer una facultad que de otro modo no tendría reconocida.

En esta línea crítica a la tesis de RODRÍGUEZ-PIÑERO, se mueve un sector de la doctrina (encabezado por RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN) que entiende que en la propia fundamentación concurren otros intereses y no sólo los del empresario<sup>276</sup>. Así, se considera que por “justa causa” debe entenderse “aquellas circunstancias en base a las cuales no debe hacerse exigible la permanencia de la relación, o la continuidad de la misma en los términos que inicialmente se pactó”. Se acude a un concepto de “interés” – sustraído de las tesis de RODRÍGUEZ-PIÑERO - que engloba las necesidades productivas de la empresa, aunque

---

empresario sería discrecional y, por ende, estaría libre de resarcimiento patrimonial, porque al ejercer un derecho que le ha sido legalmente reconocido no provocaría daño alguno.

<sup>275</sup> En contra, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 55.

<sup>276</sup> En términos similares, LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., nota 267, p. 274.

no queda circunscrito estrictamente al ámbito empresarial, sino que puede afectar a intereses productivos más amplios<sup>277</sup>.

• *Segunda Línea Argumental*: Otro sector de la doctrina (encabezada por DEL VALLE VILLAR), tomando como punto de partida la tesis de RODRÍGUEZ-PIÑERO, ha hecho una propuesta derivada. Se sostiene que la fundamentación de las facultades empresariales se halla en la libertad de empresa *ex art. 38 CE*<sup>278</sup>. Construcción que se vertebra sintéticamente sobre las siguientes premisas: primera, el mencionado precepto “se inspira no sólo en la defensa de los intereses del empresario, sino de los terceros con los que pudiera mantener vínculos”. Así, derivado de lo anterior, “parece obvio que de la CE puede derivarse la existencia de un interés de empresa al que se le otorga cierta relevancia jurídica” y que permite limitar los “poderes del empleador a la hora de ejercitar sus facultades directivas”<sup>279</sup>. Segunda, el “fomento de la

---

<sup>277</sup> Intereses generales que se manifiestan, por ejemplo, en la posibilidad de los trabajadores de incoar un expediente de regulación de empleo y en la evidencia de que “la continuidad o no continuidad de la relación de trabajo” (...) no solamente afecta a los intereses del empresario como contraparte de la relación de trabajo, sino que, en estos supuestos, existe una pluralidad de intereses afectados”. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>278</sup> En términos similares, NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 49; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 88 y ss.; y GOERLICH PESET. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 221 y ss.

<sup>279</sup> Según este autor, el sistema de extinción de los contratos se divide en dos, en atención a la existencia de un doble interés del empresario: “a la producción del conjunto de los trabajadores y a la realización del trabajo de cada uno”. De este modo, en algunos supuestos puede aplicarse “la ortodoxia del Derecho de los contratos, con más o menos matices”; y los supuestos de extinción por causa económica, no se refieren “al vínculo contractual, sino a la colectividad de quienes contribuyen a las tareas productivas”. Por este motivo, y retomando parte de la construcción de RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN, concluye que el motivo de extinción se sitúa si no al margen sí “sobre” el contrato individual, y encuentra su razón de ser en motivos que (...) se vinculan a las necesidades de la empresa”; y que la “justa causa” económica encuentra su encaje “simplemente a partir de su consideración como causa de extinción del contrato (de trabajo) por iniciativa del empresario”. El fundamento de esta causa extintiva cobra pleno sentido, en su opinión, desde el instante que “el poder de resolución del vínculo queda sometido a controles legales y formales de cierta importancia como son en Derecho español, la negociación con los representantes de los trabajadores y la intervención administrativa”. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 114, 115 y 120. Por otra parte, la referencia a la empresa en el art. 38 CE permite evitar la identificación entre empresa y empresario, lo cual permite afirmar que la libertad de empresa tiene unos límites intrínsecos, que restringen, a su vez, la libertad del empresario y condicionan sus decisiones. De la CE se deriva la existencia de un “interés de empresa”, entendido como “destilación de varios intereses interconectados que se oponen y confluyen en un ámbito específico”, al que se otorga cierta relevancia jurídica y que puede identificarse con la productividad. En la medida que este interés no puede ser definido apriorísticamente, la única fórmula normativa viable para solventar el conflicto intrínseco en el seno del interés de empresa es regular procedimientos que permitan a las partes discutir y solventar la solución de las dificultades empresariales. En este sentido, el sistema español ofrece un sistema mixto dado que “el procedimiento de determinación del interés de empresa se encuentra sometido, aunque de manera laxa, a la realización práctica de ciertos principios (productividad de la empresa), traducidos en reglas por la Ley (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción)”. No obstante, analizando el supuesto extintivo del art. 52.c) TRET, asevera que “con más razón que en el despido colectivo, puede asegurarse ahora que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción constituyen una manifestación de la libertad del empresario para organizar el empleo en su empresa con vistas a garantizar la productividad, y que aparecen inspiradas en lo dispuesto en el art. 38 CE, dato del que hay asimismo que deducir que mediante las causas de despido objetivo que estudiamos opera un reparto de los riesgos de empresa entre el trabajador y empresario, que rompe con lo que es el tradicional sistema de reparto de riesgos en Derecho común de los contratos”. Por lo tanto, aparecen serios inconvenientes para admitir la validez de este planteamiento dado que en el supuesto previsto en la mencionada norma no está previsto ningún mecanismo que garantice la mencionada “procedimentalización”, esto es, la debida “composición de intereses” implicados. Para solventar este escollo, sostiene que la necesidad de garantizar el interés de empresa, *ex art. 38 CE*, obliga a encontrar un significado objetivo de las causas económicas, técnicas, organizativas y de

libertad de empresa o participación de la economía, afecta al reparto de riesgos asumidos en el contrato de trabajo”. Esta “peculiaridad” se justifica argumentando que, “al definir la libertad de empresa, [el art. 38 CE] objetiva su ejercicio y lo orienta a un fin, cual es el mantenimiento de la empresa a través de la defensa de la productividad”<sup>280</sup>.

Tesis que tampoco se comparte, porque de algún modo incurre, a nuestro modo de ver, en una contradicción desde la perspectiva de la lógica liberal entre dos de sus postulados fundamentales. En virtud de este planteamiento el empresario, en nombre de la libertad de empresa, estaría facultado a romper lo que proclama otro postulado fundamental del liberalismo, el respeto a lo acordado conforme a la autonomía de la voluntad (“ley entre las partes”, como dicta el art. 1091 CC). Derivado de lo anterior, si fuera inmanente al precepto constitucional la posibilidad de modificar el reparto de riesgos plasmados en un contrato, sobre la base de la “defensa de la productividad”, también debería poderse extender respecto de todos los pactos que celebre la empresa con otros agentes económicos, y no sólo con los trabajadores. Por lo tanto el *dilema* no está en buscar *contrapesos* a las facultades empresariales, presuntamente derivadas del art. 38 CE (derecho al trabajo art. 35 CE -, la política de pleno empleo – art. 40 CE - o la función social de la propiedad – art. 33 CE), porque ello presupone la existencia de una facultad a la alteración unilateral de lo pactado, sino, precisamente, en un análisis previo, esto es, en encontrar argumentos jurídicos que justifiquen la posibilidad del empresario de alterar el postulado fundamental de la lógica liberal, la autonomía de la voluntad de las partes y la sujeción a lo pactado.

En consecuencia, parece claro que la libertad de empresa constitucionalmente reconocida no justifica por sí misma este reparto de riesgos distinto al régimen común. Por consiguiente, si la peculiar distribución del riesgo que rige en el contrato de trabajo no deriva propiamente del art. 38 CE, debe buscarse el fundamento que efectivamente lo justifique. Tal y como se ha apuntado, el interés del Derecho del Trabajo por la viabilidad y la subsistencia de la

---

producción en el propio Derecho del Trabajo. Contenido que se halla en los fines que debe perseguir el “despido” colectivo, esto es: la superación de una situación negativa de la empresa, o la garantía de su viabilidad futura y del empleo en la misma. DEL VALLE VILLAR, *op. cit.*, p. 142 a 146; y 329 y 330.

<sup>280</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 150, 132 y 239. Concretamente, “de la libertad de empresa, entendida ya de forma institucional, se derivaría entonces la necesidad de otorgar al empresario licencia para despedir cuando del despido dependa su subsistencia misma como empresario – en definitiva, su libertad de ser empresario – y la subsistencia de la empresa como unidad con un fin productivo a lograr” (DEL VALLE VILLAR, *op. cit.*, p. 127). Así, sostiene, “el reparto de riesgos en el contrato de trabajo se [apoya] en la concepción del trabajo como un bien social, no individual, y en la protección de la propiedad activa, no pasiva, o sea, la propiedad que se manifiesta en la inversión de capitales con la finalidad de crear, precisamente, trabajo, y que se ve protegida por el principio de libertad de empresa” (DEL VALLE VILLAR, *op. cit.*, p. 131).

Para GOERLICH PESET, sería perfectamente admisible que del derecho constitucional a la libertad de empresa se derivara la posibilidad de extinguir los contratos libremente, pues, entiende que la libertad de empresa suministra cobertura suficiente como para sacrificar el derecho al trabajo (“con independencia de la eventual necesidad de compensaciones suficientes para los trabajadores”). No obstante, tampoco entiende que sea lesivo a la libertad de empresa, lo contrario, esto es, la exigencia de una causa y el control de la misma, porque más allá del derecho al trabajo, la vinculación de la libertad de empresa con la propiedad privada y la subordinación de ésta a la función social lo justificarían. GOERLICH PESET. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 247 y 248.

unidad productiva sólo puede explicarse en la medida que está en juego la continuidad del resto de contratos de trabajo. Por lo tanto, el desigual reparto de riesgos sólo se justifica si concurre una excesiva onerosidad y está en juego el principio de estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo<sup>281</sup>.

En paralelo, conviene reiterar que casa difícilmente con idea de *poder empresarial* el hecho de que en estos supuestos los trabajadores estén legitimados para incoar un expediente de regulación de empleo (art. 51.9 TRET)<sup>282</sup>, o si se atiende a lo previsto en la legislación concursal.

### ***b.- Crítica a la existencia de un ‘poder suspensivo’ (por causas de empresa).***

En cuanto a la calificación de la suspensión por “causas de empresa” como un “poder”, puede objetarse que omite que el “primer rasgo caracterizador de la institución suspensiva como género lo constituye el que supone un incumplimiento de la prestación laboral en principio debida, lo que lo diferencia de aquellos supuestos (interrupciones periódicas) en que no hay tal incumplimiento porque no hay obligación que cumplir”<sup>283</sup>. En términos generales, la suspensión de la relación de trabajo es un mecanismo jurídico excepcional, *reconocido a ambas partes*, destinado a permitir la continuidad de la vida del contrato en determinadas circunstancias y que - en el ámbito laboral - se justifica por el juego del principio de estabilidad en el empleo. Por otra parte, al igual que en supuesto de cese colectivo por excesiva onerosidad, difícilmente puede hablarse de la existencia de un “poder”, cuando su ejercicio se supedita a una previa autorización administrativa, precisando la aquiescencia de terceros.

En segundo lugar, siguiendo las observaciones de RAMÍREZ MARTÍNEZ – que las toma, a su vez, de VIDA SORIA -, la suspensión, conforme a la regulación establecida en el TRET,

---

<sup>281</sup> No puede aceptarse que, como sostiene ROJAS RIVERO (**ROJAS RIVERO**. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, *op. cit.*, p. 13) “el legislador, al admitir las modificaciones unilateralmente decididas, opta por una protección más o menos amplia de esas genéricas necesidades empresariales y de la continuidad de la relación jurídica, en detrimento del interés del trabajador a la estabilidad en el empleo”; porque, precisamente, el Legislador está habilitando al empresario a sustraerse de lo pactado porque estima que con ello garantiza la continuidad del empleo.

<sup>282</sup> Incluso, difícilmente puede entenderse que se trata de un poder empresarial si se admite, siguiendo a un sector de la doctrina, que, a partir de una interpretación extensiva del art. 51.9 TRET, si se puede lo más (solicitar la extinción del contrato de trabajo) también se puede lo menos (la modificación sustancial cuando concurren circunstancias que hagan presumible que su no realización pudieran ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación). VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 70 y 71. En términos similares, SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. CES. Madrid, 2000, p. 72; GARCÍA DE PIQUERAS. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo mediante el pacto entre las partes afectadas*. AL, n° 25, 1988, p. 1406; y PURCALLA BONILLA y VALLE MUÑOZ. *El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 363.

<sup>283</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, *op. cit.*, p. 33.

tiene un “tratamiento único, independientemente de las peculiaridades posibles ... (de) ... cada causa suspensiva”. Por lo tanto, “la suspensión es una situación contractual en sí misma, con un régimen jurídico genérico, y desvinculado de la causa concreta que la produce”<sup>284</sup>.

### ***c.- Crítica a la existencia de un poder modificatorio.***

En cuanto a la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato inicialmente pactadas (a través de una modificación sustancial o bien del *ius variandi*), si bien es cierto que puede calificarse como un “derecho potestativo”, estimamos que no puede sostenerse que su fundamento se encuentre en la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*<sup>285</sup>; especialmente si se tiene en cuenta que los trabajadores en determinados supuestos (por excesiva onerosidad), como se analizará detalladamente, también tienen reconocida una facultad modificativa unilateral.

Entendiendo que no existe ningún argumento suficientemente poderoso – salvo error o omisión – para aceptar que la fundamentación dogmática de los poderes reconocidos al trabajador y al empresario deba ser distinta, y por ende, descartada la posibilidad de acudir a la fundamentación basada en el poder de dirección y la libertad de empresa, sólo queda acudir al principio de estabilidad *ex art. 35 CE* y al marco estrictamente contractual, esto es, a la teoría de la excesiva onerosidad<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> **RAMÍREZ MARTÍNEZ.** *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>285</sup> Concretamente, se afirma que el fundamento último de la facultad patronal de introducir variaciones en las prestaciones de trabajo, se encuentra en el reconocimiento de la “libertad de empresa” y la “defensa de la productividad” del art. 38 CE. **MONTOYA MELGAR.** *Poder del empresario y movilidad laboral*, *op. cit.*, p. 166. En términos similares, **MARÍN CORREA** (analizando la movilidad geográfica) estima que se trata de una manifestación del ejercicio de la actividad directiva y organizativa del empresario. **MARÍN CORREA.** *La nueva movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 411. *Vid.* también, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 88; **VIDA SORIA.** *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 83; y **ROMERO BURILLO.** *El nuevo régimen jurídico del traslado individual del trabajador*, *op. cit.*, p. 381. Específicamente relacionado con la movilidad geográfica, **SERRANO OLIVARES.** *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, *op. cit.*, p. 45; y **ROJAS RIVERO.** *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, *op. cit.*, p. 25.

La jurisprudencia también ha asumido este planteamiento. Por ejemplo, la STS 17 de mayo 2005 (RJ 9696) afirma que “la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (‘flexibilidad externa’ o ‘adaptación de la plantilla’) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (‘flexibilidad interna’ o ‘adaptación de condiciones de trabajo’). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la ‘libertad de empresa’ y de la ‘defensa de la productividad’ reconocidas en el art. 38 de la CE, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de ‘reestructuración de la plantilla’, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la ‘libertad de empresa’ y el ‘derecho al trabajo’ de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional”.

<sup>286</sup> **CRUZ VILLALÓN**, tras rechazar la validez de las tesis construidas en torno al poder de dirección empresarial y las de raíz civilista, entiende que son “el reconocimiento y la valoración preponderante de las necesidades organizativas empresariales lo que justifica en última instancia la aparición de la institución misma”. En un supuesto de modificación sustancial, asevera, debe constatarse “la necesidad real de que el trabajador realice otra prestación, y asimismo el daño que ocasionaría al empresario el hecho de que este puesto de trabajo, por ejemplo, quedara sin cubrir”. De tal forma que “el desequilibrio potencial cumple una función radicalmente opuesta, cual es la de



En este sentido, la doctrina más reciente, especialmente a partir de la reforma de 1994, es partidaria de ligar el poder de modificación empresarial directamente a la posición contractual del empresario<sup>287</sup>. En consecuencia, la fundamentación dogmática de los poderes de variación empresarial debe situarse en el contrato de trabajo, a pesar de quebrar el principio *pacta sunt servanda*. Circunstancia que no queda desvirtuada por el hecho de que sólo puedan ser admitidos en tanto que lo posibilite una norma jurídica<sup>288</sup>. Si se acepta que existe un fundamento heterónimo de los poderes de variación empresarial, siguiendo a RIVERO LAMAS, nada obsta vincularlos con el régimen legal del contrato, integrándose entre las que el art. 1258 CC denomina “consecuencias que, según su naturaleza sean conforme con (...) la ley”<sup>289</sup>.

En suma, tal y como se viene exponiendo, la necesidad de dar continuidad a la vida del contrato y, especialmente, el principio de estabilidad en el empleo modalizan, previa intervención normativa habilitando esta posibilidad, la lógica del derecho de las obligaciones y los contratos, confiriendo a las partes contractuales la posibilidad adaptar el contrato a las sucesivas circunstancias que sobrevenidamente alteran su causa y que provocan una onerosidad excesiva<sup>290</sup>.

Como se ha analizado, las objeciones a la excesiva onerosidad, especialmente en lo que se refieren a la fundamentación de las facultades reconocidas al empresario, parten de una

---

determinar ‘a posteriori’ la excesiva onerosidad en la nueva situación”. **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 118, 119 y 122. Interpretación que no puede compartirse porque lo que impulsa el cambio es una valoración objetiva de la utilidad de la prestación de trabajo pactada, por un lado, y de las necesidades reales del sistema productivo, por otro. Y todo ello con anterioridad a la modificación. Es el desfase existente entre la utilidad que se espera obtener de la prestación pactada inicialmente y lo que sobrevenidamente es necesario lo que determina si se ha producido una excesiva onerosidad y lo que en último término justifica la modificación unilateral. En cambio, pensar que la excesiva onerosidad puede advenir en un momento posterior al cambio, cuando se evalúa si debe “incrementarse, mantenerse o disminuirse la contraprestación del empresario”, en último término, significa no atribuir valor jurídico a la modificación operada en sí misma, y por tanto, a la necesidad de respetar las condiciones inicialmente pactadas.

<sup>287</sup> **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa*. AL, 1996 - II, p. 415 a 417. *Vid.* también, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 98; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *El poder disciplinario en la empresa*, op. cit., p. 38; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil*, op. cit., p. 64 y 65.

<sup>288</sup> En términos de **ROMÁN DE LA TORRE**, “institucionalización normativa”. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 96.

<sup>289</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 176.

<sup>290</sup> Planteamiento que, sin duda, puede exportarse a la fundamentación dogmática del *ius variandi*. Sin embargo, la doctrina laboral reciente ha tendido a reconducir dicha facultad al ámbito del poder de dirección del empresario, condicionando su ejercicio a la concurrencia de “circunstancias especiales y no ordinarias del funcionamiento de la empresa”. **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 91; o bien, “necesidades sobrevenidas en la organización productiva”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 31. **ROMÁN DE LA TORRE** habla de “necesidades organizativas determinadas que sólo es posible esgrimir (...) durante un cierto periodo de tiempo”. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 97. Algunos autores, no obstante, han establecido una distinción. Así, se afirma que debe atender “a necesidades graves y ocasiones de la empresa”, aunque considerando que tales circunstancias sólo son exigibles en los supuestos en los que se atribuya al trabajador “funciones distintas o incluso inferiores de las de la propia categoría”. **MONTOYA MELGAR**. *Poder del empresario y movilidad laboral*, op. cit., p. 184 y 185. **RIVERO LAMAS**, también hace una distinción, pues, sostiene que cuando el *ius variandi* implica la movilidad “a tareas superiores o equivalentes quedan dentro de la misma discrecionalidad característica del ejercicio del poder de dirección”; y cuando comporta el cambio a funciones de categoría inferior, el empresario precisa de una “justificación causal estricta”. **RIVERO LAMAS**. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, op. cit., p. 102.

percepción sesgada de la posibilidad legal de sustraerse del marco contractual pactado ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Lo que ha inducido – entendemos - a una innecesaria búsqueda de tesis alternativas que, al margen de acoger una dirección metodológica sesgada – afectando al trabajo analítico y, por ende, a las conclusiones -, plantean, como se ha tratado de demostrar, una serie de problemas nada desdeñables a la hora de integrarlas en la lógica del Derecho del Trabajo y, específicamente, en la del contrato de trabajo.

### **2.3.5.2.- Crítica a la teoría de la ‘autotutela privada’.**

Como premisa de partida, conviene tener en cuenta que esta tesis se ha planteado para justificar las facultades extintivas. Al respecto, sin perjuicio de lo que se expondrá al analizar la figura del despido y su naturaleza jurídica, pueden plantearse dos objeciones de distinta naturaleza a la tesis que defienden. En primer lugar, como admite GOERLICH PESET, es contrario a la teoría de la *autotutela privada* la subordinación de la decisión empresarial al complemento de voluntad que se deriva del acuerdo con los representantes de los trabajadores; o la obtención de una autorización de la Autoridad Laboral (textualmente, habla de la “supresión de la autotutela empresarial”)<sup>291</sup>.

En segundo lugar, de acuerdo con el Derecho del Trabajo español, el desistimiento, la denuncia y el “recesso” no pueden presentarse como sinónimos, a pesar de que en el ámbito civil tiendan a equipararse<sup>292</sup>. Estas instituciones casan difícilmente con la lógica implícita en los supuestos que son objeto de análisis<sup>293</sup>. El desistimiento es una figura vinculada, por un lado, a las relaciones cuya duración es indefinida; y, por otro, a las obligaciones *intuitu personae*, fundadas en la recíproca confianza de las partes, hasta el punto que cuando tal “confianza se frustra, aparece como justa la posibilidad de poner fin a la relación”<sup>294</sup>. Mecanismo que primero, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de duración determinada; y,

---

<sup>291</sup> GOERLICH PESET. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 258 y 259.

<sup>292</sup> RODRÍGUEZ MARÍN. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1991, p. 80; y Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 891 y ss.

<sup>293</sup> Construcción que, como se ha apuntado, parte del rechazo de la resolución por incumplimiento (imposibilidad o excesiva onerosidad), porque contiene connotaciones “negativas” al cumplimiento de las obligaciones de las partes, aspecto que no concurre necesariamente en los supuestos definidos por la Ley. Lo que desemboca en la búsqueda de otras instituciones jurídicas que pongan fin a la relación obligatoria distinta de la resolución por incumplimiento. Sin embargo, a nuestro modo de ver, acude a una solución un tanto sorprendente, pues usa instituciones que se apartan radicalmente de la lógica del Derecho del Trabajo y, muy especialmente, del sistema causal que impera en el mismo. En este sentido, el TC ha declarado que “el derecho del trabajo en su aspecto individual se concreta en igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen con los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa” (STC nº 22/1981).

<sup>294</sup> Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 892.

segundo, es absolutamente extraño a los supuestos de extinción contractual que se analizan, puesto que se supedita a la desaparición de la “confianza”<sup>295</sup>.

Además, es contraria a la institución del desistimiento la exigencia de una justa causa como rige en los supuestos de modificación, suspensión y resolución del contrato<sup>296</sup>. El desistimiento, por definición, “pone fin a la relación contractual mediante un acto enteramente libre y voluntario, no tiene que fundarse en ninguna causa especial”<sup>297</sup>. Precisamente, lo característico del desistimiento es la ruptura de la relación obligatoria sin más fundamento que la voluntad discrecional de una de las partes. Conviene tener presente que la causalidad hace referencia a la facultad de los órganos jurisdiccionales de revisar la decisión empresarial y, si no concurre la causa alegada, revocarla<sup>298</sup>. Si el empresario puede desprenderse de parte de la plantilla para “poder mantener la plena utilidad de los recursos productivos”, no es sinónimo de discrecionalidad (propia del desistimiento), pues las “exigencias técnicas y económicas (...) responden a criterios objetivos de ordenado desarrollo de la actividad productiva, extraíbles de reglas de común experiencia”<sup>299</sup>.

Por otro lado, el hecho de que el empresario pueda extinguir el contrato indemnizando, a pesar de no concurrir causa alguna, tampoco significa que tenga una facultad de desistimiento, sino que debe entenderse que se trata de la prestación por equivalente por el no cumplimiento de la readmisión<sup>300</sup>. En caso de desistimiento, el empresario ni siquiera estaría

---

<sup>295</sup> Objeción que incluso recoge el propio DEL VALLE VILLAR (*El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 83).

<sup>296</sup> En contra, DEL VALLE VILLAR sostiene que la cita de las causas en la Ley no [desvirtúa] la existencia del desistimiento, primero, porque existen casos de desistimiento causal (art. 1749 CC), y, en segundo lugar, porque su concurrencia, sin más, y con independencia de su origen – provocado, ajeno al empresario - marcaba el momento a partir del cual el empleador [puede] extinguir el contrato”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 82. Sin embargo, conviene apuntar que la entre el comodato y el contrato de trabajo media una diferencia sustancial, pues, el primero tiene carácter gratuito y de favor, por lo que el concepto de ‘urgente necesidad’ debe ser interpretado de forma muy amplia y flexible. KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., p. 58.

<sup>297</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 891. En términos similares, RODRÍGUEZ MARÍN. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, op. cit., p. 174. Aunque en el ámbito laboral conviene tener presente que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba por voluntad unilateral del empresario, no puede tener por causa o motivo una circunstancia abusiva, discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental. PIQUERAS PIQUERAS. *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*, op. cit., p. 37.

<sup>298</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 20 y 21.

<sup>299</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 700.

<sup>300</sup> *Vid. infra*. Como pone de relieve ALONSO OLEA, “la decisión de despedir fundada en crisis constituye siempre un incumplimiento del contrato de trabajo por parte del empresario; con el consiguiente resultado de que todos los despidos decretados por tal causa son ilegítimos”. ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 72.

obligado a indemnizar, dado que estaría ejerciendo un derecho<sup>301</sup>. De otro modo, se estaría confundiendo el desistimiento con el incumplimiento del empresario<sup>302</sup>.

La denuncia, por su parte, desde una perspectiva de Derecho Común, es un “término que la normativa española no recoge para con ello expresar que se ha producido la extinción de una relación obligatoria por voluntad unilateral”, y “el tratamiento legal de la denuncia en Derecho español es nulo, pues no existe precepto alguno en el Código Civil que la utilice en sus expresiones para significar la extinción por decisión unilateral”<sup>303</sup>.

Por su parte, en el ámbito laboral se trata de una institución propia de los contratos de trabajo de duración determinada. Si bien es cierto que la denuncia está desvinculada de la necesidad de alegar una justificación, “es un acto normal de cumplimiento, el acto final, en la mecánica del contrato que ligaba a ambas partes”<sup>304</sup>. Es un mero acto de notificación, en virtud del cual, se declara la no continuidad del contrato una vez haya transcurrido el término, careciendo “de valor constitutivo del efecto extintivo propio del desistimiento”<sup>305</sup>.

Finalmente, entre el término “receso” y desistimiento, la doctrina también ha señalado algunas diferencias, aunque participen de elementos comunes. De todos modos, tampoco

---

<sup>301</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 189. En contra, DEL VALLE VILLAR apunta que la previsión legal de pago de indemnizaciones a los trabajadores afectados no es contraria a la figura del desistimiento porque existen supuestos de desistimiento indemnizado, aunque luego admite que “en tales casos la indemnización suele asimilarse a la cláusula penal: arts. 1152/1155”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 82 y 83.

<sup>302</sup> *Cfr.* **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 33; **RODRÍGUEZ MARÍN**. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, *op. cit.*, p. 259 y ss.; y **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 73 a 76. DEL VALLE VILLAR, acudiendo a una interpretación, a nuestro modo de ver, forzada, trata de soslayar esta contradicción argumentando que “el concreto negocio jurídico de despido no sería causal, aunque sí lo sea el despido colectivo. La denuncia del contrato, entonces, constituiría un elemento natural del negocio jurídico extintivo en particular, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 156 y 157. Sin embargo, con posterioridad el propio autor admite que “en contra de la calificación del despido objetivo como un caso de desistimiento estaba la tradición romanista de nuestro Derecho” y que “no existe en el Derecho español – pero sí, por ejemplo, en el italiano - un precepto que conciba el desistimiento como una modalidad general de extinción de las obligaciones y los contratos”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>303</sup> **RODRÍGUEZ MARÍN**. *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, *op. cit.*, p. 74 y 75. La propia autora sostiene que en las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha acudido a este término, “nunca lo ha hecho con carácter individualizado para con ello poner de manifiesto que se ha producido una ruptura unilateral, sino que es combinada o alternada con otras nociones” (p. 76). En cuanto a la utilización de este término por parte de la doctrina civil, apunta, que es utilizada “en la mayoría de los casos con fines y significados diferentes a los estrictamente extintivos, siendo incorporada en otros contextos que nada tienen que ver con la finalización de un contrato o de cualquier relación jurídico-material” (p. 78).

<sup>304</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 23 y 24.

<sup>305</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La relación de trabajo de duración determinada*, *op. cit.*, p. 50: “en la denuncia del agotamiento de la duración el efecto extintivo es producido solamente por este agotamiento (...). No existe – afirma ALONSO GARCÍA – resolución del contrato por una de las partes, sino cumplimiento del plazo, que se notifica con la denuncia”. Para DE LA VILLA, la denuncia “es la simple manifestación externa, la declaración recepticia de un negocio jurídico (receso) o al menos del poder discrecional que el receso supone”. DE LA VILLA. *Teoría del Receso (problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo)*. RDT n° 42, 1960, nota 6, p. 81. DEL VALLE VILLAR, por su parte, a pesar de identificar la inadecuación de la “denuncia” en el ámbito laboral, pues es un “modo de extinción de ciertos contratos de duración temporal”, esgrime, como argumento para justificar esta conclusión (que califica de “precipitada”), la “solvencia” del autor que la formula, sin aportar una argumentación jurídica que permita sostenerla con firmeza. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 156.

puede aceptarse la aplicabilidad de esta institución, porque “el ejercicio del poder que esta figura jurídica supone es absolutamente normal en la vida de los contratos celebrados a tiempo indeterminado”<sup>306</sup>, no siendo predicable para los contratos de duración determinada<sup>307</sup>. Además, como sostiene RIVERO LAMAS, “el recesso *ad nutum* y despido causal son conceptos incompatibles y no se puede forzar un encuadramiento de este modo de resolver el contrato en nuestro actual sistema jurídico”<sup>308</sup>.

En la medida que el deber de indemnizar contradice la institución del “receso”, DEL VALLE VILLAR argumenta que “la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC está pensada para producir efectos retroactivos: mediante ella lo que la parte cumplidora demanda es la resolución del contrato para que no produzca efectos y la indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, en el caso del *despido* por causas objetivas el empresario se ve obligado por las consecuencias derivadas de un válido contrato de trabajo que se extienden hasta el momento del despido del trabajador”<sup>309</sup>.

Argumento que no puede ser aceptado, dado que siguiendo la mejor doctrina, “la resolución afecta a las obligaciones, no al contrato en sí. Por consiguiente, en el contrato de trabajo, la resolución del mismo como contrato de obligaciones recíprocas determinará la de la relación jurídica inserta en el mismo, pero no podrá, en modo alguno, originar una resolución *in radice* del contrato mismo. Como ha indicado BETTI, “lo que se resuelve no es el negocio (contrato en este caso) con todos sus efectos, sino la relación contractual de tal modo que entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica”<sup>310</sup>. En suma, no parece que la resolución del contrato pueda articularse de otro modo que no sea el incumplimiento contractual.

---

<sup>306</sup> DE LA VILLA. *Teoría del Receso (problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo)*, *op. cit.*, nota 12, p. 82.

<sup>307</sup> Según DE LA VILLA, la institución del “receso” es “connatural” a los contratos celebrados por tiempo indeterminado, mientras que “en los contratos a tiempo determinado es justo establecer mayores limitaciones”, especialmente, porque, entiende, el principio de estabilidad se encuentra sensiblemente mermado y porque estos contratos tienen previsto un modo normal de extinción. DE LA VILLA. *Teoría del Receso (problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo)*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>308</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 97, p. 176 y 177.

<sup>309</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 157 [la cursiva es nuestra].

<sup>310</sup> ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, *op. cit.*, p. 466; PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 399 y ss; MONTES PENADES. *Art. 1124*. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XV, Vol. 1°. EDESA, 1989, p. 1247; y PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen II. Bosch. Barcelona, 1988, p. 135 y 136 (citando a Díez-Picazo).

#### **2.4.- Recapitulación.**

En nuestro objetivo de describir el mapa de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español, hemos considerado que para cuantificar la intensidad con la que se persigue dicho propósito, era imprescindible ordenar racionalmente los diversos elementos jurídico-positivo que promueven la continuidad del contrato de trabajo. Con este objetivo, hemos propuesto algunos descriptores sistematizadores que deben orientarnos en este objetivo final. La fundamentación dogmática de las vicisitudes contractuales que pueden afectar al contrato de trabajo es uno de ellos. Analizado el incumplimiento imputable en el epígrafe anterior, en esta extensa exposición hemos intentado justificar los motivos por los que consideramos que la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida es perfectamente compatible con los planteamientos jurídico-laborales actuales y la realidad jurídico-positiva.

Pues bien, lo que se ha tratado de exponer es que, por un lado, el juego de la excesiva onerosidad en el Derecho del Trabajo tiene su origen en la protección de la continuidad del contrato. Por otro lado, sin negar que, “para organizar la empresa, el empresario necesite un poder jurídico en relación a los trabajadores y con objeto de coordinar su actividad laboral”<sup>311</sup>, la posibilidad reconocida legalmente de subvertir sobrevenidamente las condiciones contractuales, soslayando la lógica del principio *pacta sunt servanda*, deriva única y exclusivamente de su condición de contratante. Lo que es consecuencia de un defecto funcional o alteración de la causa del contrato de trabajo que provoca una excesiva onerosidad sobrevenida, siempre que, con ello, se proteja la estabilidad en el empleo, evitando la movilidad externa del trabajador o bien se garantice la continuidad del resto de trabajadores vinculados a la organización productiva. Y para ello es preciso entender que la *razón organizativa* está integrada en el propio contrato de trabajo.

Planteamiento amparado (o enmarcado) en el contexto constitucional que describe el art. 35 CE. De hecho, consideramos que la matriz conceptual integrada por los vectores *excesiva onerosidad – derecho al trabajo – estabilidad en el empleo* es la *única* construcción teórica con capacidad jurídico-técnica suficiente como para exponer coherentemente las facultades de alteración contractual atribuidas legalmente a trabajadores y empresarios. Descartándose la validez del resto de teorías propuestas por la doctrina, especialmente por su carácter incompleto o bien por su inconsistencia atendiendo a los planteamientos de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>311</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*, op. cit., p. 129.

### **3.- La imposibilidad objetiva sobrevenida y el principio de estabilidad en el empleo.**

#### **3.1.- La imposibilidad objetiva como un supuesto de ineficacia contractual.**

La resolución del contrato, incardinada en uno de los supuestos de ineficacia motivada por circunstancias extrínsecas<sup>312</sup>, puede estar provocada por un hecho sobrevenido que afecte al objeto del contrato. Lo que la diferencia de la excesiva onerosidad sobrevenida, pues, por definición el objeto del contrato sigue siendo posible<sup>313</sup>.

No obstante, la legislación laboral no recoge una definición de lo que debe entenderse por imposibilidad objetiva sobrevenida, aunque son múltiples los preceptos que hacen referencia a la misma. Los más explícitos emplean la expresión “fuerza mayor” (arts. 45.1.i, 47.2, 49.1.h y 51.12 TRET), aunque sin definirla; pero también se han positivizado otros supuestos que también cabe calificarlos como de imposibilidad objetiva, pues, las prestaciones pactadas no pueden cumplirse por el acaecimiento de un hecho obstativo sobrevenido (arts. 45.1.c, 49.1.e y 49.1.g TRET). Con anterioridad, la LCT<sup>31</sup> y la LCT<sup>44</sup> (respectivamente, arts. 89.5 y 76.6), no sólo se referían a la “fuerza mayor que imposibilite el trabajo”, incluyendo un listado ejemplificativo de los supuestos que podían dar lugar a la imposibilidad objetiva, sino que, además, concluían que debían tenerse en cuenta “en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever, o que previsto, no hayan podido evitar”. Dicción que pese a no añadir nada a lo ya previsto en el Derecho común, permitía saber qué debía entenderse por hecho obstativo en el ordenamiento laboral<sup>314</sup>.

En la actualidad, el silencio del Legislador laboral respecto de lo que deba entenderse por imposibilidad objetiva debe completarse con lo previsto en el Derecho común. En concreto, según el art. 1184 CC “el deudor quedará liberado en las obligaciones de hacer cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible”. Durante el normal desarrollo de una obligación contractual originariamente válida, lícita y posible cabe la posibilidad que

<sup>312</sup> ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, op. cit., p. 454.

<sup>313</sup> Vid. al respecto *supra*, Epígrafe I del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>314</sup> Concepción que, de todos modos, estaba impregnada de catastrofismo, dada la enumeración que le precedía, descartando que pudieran subsumirse en el supuesto de hecho del art. 76.6 LCT<sup>44</sup> otros hechos imprevistos o inevitables, si no ostentaban dicha cualidad. DE LA VILLA GIL. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1960, p. 279. Autor que, no obstante, matizará dicha opinión entendiendo que lo relevante residía en la extraordinariedad del hecho obstativo y no en su naturaleza catastrófica. DE LA VILLA GIL. *El factum principis*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970, p. 113. Para SUÁREZ GONZÁLEZ, la referencia a la ‘fuerza mayor’ y la enumeración catastrófica incluida a continuación resultan prácticamente ociosas. Bastaría haber consignado que produce la terminación del contrato la imposibilidad del trabajo, a consecuencia de cualquier hecho que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no hayan podido evitar”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid, 1970, p. 72 y 73.

devenga imposible por causas acaecidas con posterioridad a su vencimiento, dando lugar a lo que se denomina imposibilidad objetiva sobrevenida<sup>315</sup>. Circunstancia que constituye un supuesto de incumplimiento contractual, pero que “al no mediar culpabilidad alguna, exonera de responsabilidad y produce la extinción de la obligación”<sup>316</sup>. Salvo que, claro está, se declare la responsabilidad objetiva o por riesgo.

La imposibilidad objetiva “es aquella que tiene su fundamento en el objeto de la obligación, en sí mismo considerado; de tal modo que, al ser imposible la realización de aquél objeto, la obligación no puede ser cumplida”<sup>317</sup>. La imposibilidad se refiere cronológicamente a algo que acaece después o a partir del momento de la celebración de la obligación, de tal forma que lo originariamente posible deviene imposible en el momento de su ejecución o desarrollo<sup>318</sup>. Por lo tanto, es un “impedimento que afecta a la entidad intrínseca del contenido de la obligación, que impide que éste se realice, abstracción hecha de todo elemento ajeno a la misma y especialmente con independencia de las condiciones o motivaciones del sujeto”<sup>319</sup>.

Los elementos que permiten identificar la existencia de una imposibilidad objetiva son: inimputabilidad, imprevisibilidad o inevitabilidad, imposibilidad y la existencia de una relación causal entre el incumplimiento de la obligación y el hecho obstativo<sup>320</sup>. A continuación se procede a una breve exposición de estos parámetros.

Para que opere el efecto liberatorio es preciso que la situación que la genera no sea responsabilidad del deudor, esto es, debe ser inimputable. Si el incumplimiento es achacable al deudor, la imposibilidad sobrevenida de la prestación no extingue la obligación originaria, sino que se transforma en la obligación de resarcir el daño<sup>321</sup>. También debe exigirse que sea

---

<sup>315</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>316</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>317</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>318</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>319</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**. *El cumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 307.

<sup>320</sup> Criterios asumidos plenamente por la doctrina laboral, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 177; **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 78 y ss; **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*. Civitas, 1993, p. 46 y ss; y **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996, p. 205. Y por la doctrina jurisprudencial y judicial, entre otras, STS 22 de diciembre 1997 (RJ 1998\737); y SSTSJ Andalucía (Málaga) 18 de septiembre 2002 (JUR 2003\7879); y Extremadura 22 de abril 2002 (AS 1827).

<sup>321</sup> “Baste la más mínima participación del deudor con su conducta, activa o pasiva, en la situación que da lugar a la imposibilidad del incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, para extraerle del artículo 1105, e incardinarlo en el artículo 1101”. **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 133. Pese a que la doctrina es unánime a la hora de calificar al incumplimiento por imposibilidad objetiva inimputable, las discusiones surgen a la hora de concretar qué debe entenderse por tal. Siguiendo la exposición de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, mientras que un sector entiende que la inimputabilidad “se refiere a la ausencia de culpa en la generación de la situación de imposibilidad”, otros autores, entienden que es exigible la “presencia de una diligencia normal en el comportamiento del deudor, de modo que la imputabilidad comenzaría donde aquella finaliza”. **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 47.



imprevisible<sup>322</sup> o, si previsible, inevitable<sup>323</sup>. Teniendo presente que la conjunción disyuntiva “o” que las separa (art. 1105 CC), significa que esas dos alternativas se contraponen, de modo que basta la existencia de una de ellas para que se produzca el supuesto de excepción<sup>324</sup>.

Al mismo tiempo es preciso que concurren simultáneamente dos elementos más. Por un lado, la imposibilidad que impide definitivamente el cumplimiento de la obligación debe ser sobrevenida. Y, por otro, tradicionalmente se ha entendido que debe ser “absoluta y objetiva, o sea, que no sólo sea imposible para una persona, el deudor, sino para toda persona y en cualquier circunstancia”<sup>325</sup>. Aunque conviene matizar que, “a efectos de la extinción del vínculo, no es relevante el hecho de que en una determinada obligación su objeto no pueda ya ser realizado por persona alguna o no quepa su verificación por la persona concreta del deudor, aunque en hipótesis fuera todavía posible por otras personas, pues en uno y otro caso lo

---

<sup>322</sup> La imprevisibilidad es un requisito definitorio de la imposibilidad objetiva (art. 1105 CC). Siguiendo a FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, pese a que se trata de una “noción variable, acomodaticia, cuya fijación habrá de hacerse caso por caso en función siempre de la diligencia del deudor” cabe identificar “un hilo conductor que facilite una cierta homogeneidad y aun unidad”. Así, “imprevisible es lo que excede del ámbito del riesgo asignado al deudor”. Sin que, por otra parte, deba entenderse como un juicio que se formule desde el punto de vista de un observador externo, sino del de los contratantes al momento de contratar”, tomando como referencia el factor de la racionalidad, entendida como “tipo de previsión que dicta la experiencia”. Lo que entroncaría “con la clásica afirmación de que la imprevisibilidad se vincula, en definitiva, al dato de la posibilidad y frecuencia con que puede producirse un determinado acontecimiento, sin que se quiera con ello decir que quepa prescindir del grado de diligencia exigible al deudor y de la naturaleza de la obligación incumplida, sino que tan sólo que dicha labor se facilitará mediante este instrumento”. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 54 a 58.

Finalmente, la previsibilidad en los supuestos de contratos duraderos no sólo debe valorarse “al tiempo de constituirse la obligación”, ex art. 1105 CC. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 173; y DE LA VILLA GIL. *El ‘factum principis’*, op. cit., p. 107. Aunque, en este sentido la doctrina laboral presenta alguna discrepancia pues se afirma que “la previsibilidad se predica también de todo momento posterior al contrato” pues, “hay sucesos que son imprevisibles al contratar, pero que, posteriormente, se revelan como previsible. Aun no siéndole exigible su previsión al contratar al deudor que gestiona intereses del acreedor, se le puede cargar, de acuerdo a su modelo de conducta, con el deber de prever un suceso y actuar en consecuencia, en la medida en que la obligación es exigible ‘según circunstancias de personas, tiempo y lugar’ – art. 1104 CC”. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 58 y 59.

<sup>323</sup> Respecto de la inevitabilidad, BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS sostiene que la “inevitabilidad está influida por el grado de diligencia que se exige al deudor en concreto”, de tal modo que - citando a JORDANO FRAGA - puede afirmarse que “inevitabilidad del evento impeditivo por el deudor no se deduce de las características abstractas del tal evento, sino de la confrontación de la conducta del deudor con el grado de diligencia por él debida en una determinada relación obligatoria y en el marco de unas concretas circunstancias de cumplimiento”. Por consiguiente, la “inevitabilidad es todo aquello que no puede ser evitado sino con un grado de esfuerzo y de coste superior al exigido en cada circunstancia por el art. 1104 CC”. Y, por ello, “suceso inevitable es un suceso materialmente inevitable, sino suceso inevitable según la diligencia exigible. No será, por tanto, lo que fue evitado por otros en iguales condiciones”. BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 132 y 133. Por lo tanto, según FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ – que cita a CARRASCO PERERA – “si el deudor sabía que contratar una obligación que posteriormente sería imposible por el acaecimiento de un hecho externo, probablemente haya que entender que contrató con dolo. El artículo 1105 no se refiere, en consecuencia, a lo que inevitablemente ha de ocurrir, sino a lo que, de ocurrir, sería inevitable”. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 61.

<sup>324</sup> STS 22 de diciembre 1997 (RJ 1998\737). En la doctrina, DE LA VILLA GIL. *El ‘factum principis’*, op. cit., p. 106 y 107.

<sup>325</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 110. Aunque, en opinión de SUÁREZ GONZÁLEZ, recogiendo el criterio de la doctrina contemporánea a la redacción de su conocida monografía, afirma que “la común doctrina entiende que basta la imposibilidad subjetiva, atribuible simplemente al deudor”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 177 y 178.

determinante viene dado por las circunstancias de que la prestación inicialmente contemplada ya no es posible realizarla en la forma original”<sup>326</sup>.

Finalmente, sólo puede entenderse que concurre una imposibilidad objetiva si, en virtud del principio de causalidad, los hechos obstativos han tenido una eficacia decisiva o preponderante en la producción del daño<sup>327</sup>.

En relación a la naturaleza de la circunstancia obstativa la doctrina civil ha declarado que “no es imposible hacer una lista de situaciones en las que tienen lugar sucesos de difícil o dudosa posibilidad”, aunque ciertamente, pese a que pueda hacerse y no sea inútil hacerlo, “siempre será incompleto, máxime en un mundo, en una sociedad tan variable, inestable e *imprevisible* como la que vivimos”<sup>328</sup>. Por consiguiente, en tanto que los parámetros previstos en el art. 1105 CC sólo pueden valer como fórmula provisional, no excusan de tener que juzgar cada caso según el criterio que imponga la naturaleza de la obligación y las circunstancias concurrentes<sup>329</sup>.

Circunstancia que no ha impedido que el ordenamiento jurídico laboral (LCT<sup>31</sup> y LCT<sup>44</sup>) haya tratado de enumerar, a título ejemplificativo, los hechos obstativos que imposibilitan el cumplimiento del contrato. A pesar de la tendencia del Legislador a identificar la imposibilidad objetiva con circunstancias de carácter extraordinario o catastrófico<sup>330</sup>, lo cierto es que la imposibilidad puede ser consecuencia de otras circunstancias que no tengan dicha naturaleza. En definitiva, lo importante reside en la imposibilidad real de cumplir las prestaciones contractuales, siempre y cuando concurren todos y cada uno de los parámetros descritos, y no el hecho que la produzca<sup>331</sup>.

Así, por ejemplo, la incapacidad del empresario persona física o del trabajador. También deben entenderse comprendidos dentro de los supuestos de imposibilidad sobrevenida, el *factum principis*, es decir, “toda decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recaer en la esfera de la autonomía privada dificultando o

---

<sup>326</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 115. Comparte este criterio, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 72.

<sup>327</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 77 y 78.

<sup>328</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 130.

<sup>329</sup> PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 435.

<sup>330</sup> Planteamiento que ha llevado a un sector de la doctrina a identificar la imposibilidad objetiva con hechos “derivados de la naturaleza (inundación, etc.) o bien derivados de situaciones que alteren la paz social u el orden público (guerra, etc.), y que a su vez sean extraordinarios o de tipo catastrófico”. DEL PESO Y CALVO. *La fuerza Mayor Propia*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid, 1970, p. 86 a 88. Criterio que, vigente el ET’80, defiende, ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 82 y 101 y ss. Y en la jurisprudencia, vigente el ET’80, STS [C-A] 5 de abril 1988 (RJ 3257).

No obstante, en la actualidad, la jurisprudencia mantiene que “no cabe elevar a la categoría de regla general que todo ‘accidente meteorológico’ constituya ‘per se’ un supuesto de fuerza mayor con abstracción de las circunstancias particulares que en cada caso concurren”. STS [C-A] 8 de marzo 2002 (RJ 4671).

<sup>331</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto*, op. cit., p. 71 y 72.

imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes”<sup>332</sup>. Entendiéndose por autoridad o poder público en su más amplio sentido<sup>333</sup>.

### **3.2.- Imposibilidad objetiva y la estabilidad en el empleo.**

En los supuestos en los que la imposibilidad es definitiva o bien se prolonga durante un período de tiempo tal que imposibilita la satisfacción del interés del acreedor, la prestación contractual deja de ser válida, pues, no es física ni jurídicamente posible (arts. 1271 y 1272 CC). En estas circunstancias, debe entenderse que el objeto del contrato de trabajo ha desaparecido y, por lo tanto, en puridad no puede hablarse de continuidad del contrato porque precisamente el negocio jurídico ya no existe.

Por consiguiente, los efectos de la imposibilidad pueden variar en función de la duración del impedimento que la produce<sup>334</sup>. Así, es posible que sea de tal entidad que la prestación nunca pueda ser cumplida en el futuro; pero también es posible que sea meramente temporal o transitoria. Es en estos supuestos, donde el principio de conservación del negocio jurídico opera con fuerza y el ordenamiento debe ofrecer soluciones menos traumáticas<sup>335</sup>.

En la medida que la prestación se puede cumplir en un momento posterior, se produce un mero retraso en el cumplimiento, o de otro modo, una suspensión en la ejecución del contrato. Si es posible considerar que, transcurrido un tiempo, desaparecerá la circunstancia obstativa que impide el normal desarrollo del contrato en el tiempo y forma debidas, no puede extinguirse el contrato. A no ser, claro está, que en el momento en el que “el obstáculo temporal al cumplimiento desaparece, la prestación del deudor ya no ofrezca interés para el acreedor por razones atinentes a la propia relación obligatoria (...) o a la naturaleza de la prestación”<sup>336</sup>. Circunstancias que en el ámbito laboral resulta especialmente relevante, por

---

<sup>332</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 105. En términos similares, DE LA VILLA GIL. *El 'factum principis'*, op. cit., p. 105. Aunque también es posible que el *factum principis* constituya un supuesto de excesiva onerosidad que no imposibilite la prestación del empresario, pudiendo continuar con sus actividades, pero mellando ostensiblemente en su rentabilidad económica. Cfr. DE LA VILLA GIL, op. cit., p. 108; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 180.

<sup>333</sup> DE LA VILLA GIL. *El 'factum principis'*, op. cit., p. 106; y ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 104. Un análisis de los diversos supuestos calificables como *factum principis* en, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 113 y ss.; y ORTIZ LALLANA, op. cit., p. 106 y ss.;

<sup>334</sup> JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*. Civitas. Madrid, 1987, p. 152.

<sup>335</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital).

<sup>336</sup> JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, op. cit., p. 152. En términos similares, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 210; y FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, op. cit. (versión digital).

ejemplo, en los supuestos que el término conforme esencialmente el contenido del contrato y la imposibilidad se prolongue excesivamente<sup>337</sup>.

Sin embargo, no existe en el Derecho Común una norma que reconozca expresamente el efecto meramente suspensivo de la imposibilidad transitoria<sup>338</sup>. Lo cual no ha sido óbice para su pleno reconocimiento jurídico<sup>339</sup>. Es pacífico en la doctrina española que en las obligaciones continuadas la fuerza mayor sólo produce efectos extintivos cuando hace definitivamente imposible el cumplimiento de las prestaciones contractuales<sup>340</sup>. De lo que se desprende la admisión de estados meramente suspensivos, durante los cuales el vínculo contractual sigue existiendo y produciendo algunos efectos accesorios, si la imposibilidad no es absoluta<sup>341</sup>.

Por lo tanto, en principio, la posibilidad de suspender el contrato por imposibilidad sobrevenida temporal o transitoria se halla implícitamente reconocida en la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por caso fortuito y fuerza mayor<sup>342</sup>. Aunque, como afirma ALONSO OLEA, la regla de que la imposibilidad temporal suspende y la permanente resuelve el contrato “dista mucho de ser precisa, pero mucho dudamos que pueda establecerse otra”<sup>343</sup>.

Por otra parte, conviene tener presente que – siguiendo, de nuevo, la tesis de RIVERO LAMAS - no puede hablarse de modificación del contrato “cuando la imposibilidad sobrevenida origina precisamente el cese definitivo de la actividad de la empresa”, por tanto, estrictamente

---

<sup>337</sup> **MONTOYA MELGAR**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 98. En el ámbito del Derecho civil, **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 103.

<sup>338</sup> Todo lo contrario a lo que sucede en el Código Civil italiano. El párrafo 2º del art. 1256 dispone que: “Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o de la naturaleza del objeto, el deudor no pueda ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirlo”. Traducción en **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 101 y 102.

<sup>339</sup> **CRISTÓBAL MONTES**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 52 y ss.

<sup>340</sup> En tales circunstancias, y centrado en el ámbito laboral, es evidente que “la empresa no está obligada a reanudar su actividad empresarial, dado que si bien desde un punto de vista de los trabajadores tal deseo encaja, desde luego, en una óptica moral o ideológica, en modo alguno viene amparado por una norma jurídica preestablecida”. **DURÁN LÓPEZ**. *Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España*. En “La flexibilidad laboral” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 338.

<sup>341</sup> **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, op. cit., p. 222. ALONSO OLEA entiende que la fuerza mayor sólo produce efectos extintivos cuando definitivamente hace imposible el cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en este sentido, argumenta que la posibilidad de suspensión de la relación de trabajo permite afirmar que la imposibilidad meramente temporal, en principio, sólo produce efectos suspensivos, debiendo determinar en cada caso los efectos derivados de la prolongación de la imposibilidad, para admitir o no los efectos extintivos. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 45. En este sentido, la doctrina es mayoritaria. Entre otros, **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 46; **ALONSO GARCÍA**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 533; **DEL PESO Y CALVO**. *La fuerza Mayor Propia*, op. cit., p. 89; y **MONTOYA MELGAR**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 98.

<sup>342</sup> Reconocida en el art. 89.5 LCT<sup>31</sup>: “Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra tumultos o sediciones, y, en general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar”.

<sup>343</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 45. Para SUÁREZ GONZÁLEZ, “aventurando” su opinión, “si en el momento de producirse el hecho imposibilitante, se sabe que tal imposibilidad va a ser pasajera – por ejemplo, ante una falta de fluido eléctrico que se juzga remediable – los contratos solamente se suspenden, mientras que si no puede determinarse en plazo prudente que la empresa volverá a su normal actividad, parece necesario reconocer su derecho a resolver los contratos”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto*, op. cit., p. 73 y 74.

hablando, la imposibilidad total se refiere a supuestos que originan una imposibilidad absoluta. Si, en cambio, la imposibilidad da lugar a un incumplimiento parcial, y las obligaciones son divisibles, debe hablarse de la concurrencia de una excesiva onerosidad sobrevenida: no desaparecen los elementos esenciales del contrato, sino que el objeto de la obligación se puede prestar, pero en condiciones mucho más gravosas para el deudor<sup>344</sup>. Tampoco puede hablarse de modificación contractual si habiendo concurrido un hecho obstativo que imposibilita absolutamente el cumplimiento del contrato, el empresario ofrece al trabajador la celebración de uno nuevo<sup>345</sup>. En consecuencia, no puede aceptarse, en puridad, que la imposibilidad objetiva sobrevenida pueda fundamentar la modificación de las condiciones de trabajo, sino que, en todo caso, lo que acontece es, o bien, una alteración sustancial de las circunstancias que hacen excesivamente oneroso el contrato; o bien, entender que se ha celebrado uno nuevo.

Frente a la realidad (prácticamente) inapelable de la desaparición del objeto del contrato, el ámbito de operatividad de la estabilidad en el empleo en estos supuestos es ciertamente amplia, especialmente, porque en la delimitación de las “zonas grises”, como por ejemplo, la delimitación de la transitoriedad del hecho obstativo, el Derecho del Trabajo ha tendido a decantar la balanza preeminentemente hacia el mantenimiento de la eficacia del contrato.

---

<sup>344</sup> **RIVERO LAMAS.** *La novación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 29 y 32. Autor que, posteriormente, analizando el art. 41 TRET, sostiene que “cabe pensar más adecuadamente que el instituto modificatorio del artículo 41 es el trasunto en el ordenamiento laboral de la mencionada cláusula [*rebus sic stantibus*], moderándose la exigencia de la prueba de la alteración radical de las circunstancias por la justificación causal prevista para la actualización del procedimiento modificatorio por decisión unilateral del empresario”. **RIVERO LAMAS.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41, op. cit.*, p. 872 (en relación a las objeciones opuestas a la validez de esta cláusula *vid. supra*).

<sup>345</sup> En cuyo caso, no puede hablarse de “novación del contrato de trabajo, porque si esta causa objetiva imposibilitante extinguió por sí misma el contrato de trabajo anterior, el nuevo contrato no precede casualmente de la extinción de aquél, sino que tan sólo está yuxtapuesto en el tiempo al primero”. **RIVERO LAMAS.** *La novación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 29.

#### ***4.- La estabilidad en el empleo en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.***

De lo expuesto hasta este momento hemos comprobado que las categorías que fundamentan la alteración de lo pactado desde un punto de vista dogmático son (por orden de exposición): el incumplimiento imputable, la excesiva onerosidad y la imposibilidad objetiva. Sin embargo, también se prevén una serie de supuestos de naturaleza heterogénea que promueven la continuidad del vínculo jurídico, pero tienen un difícil encaje en alguna de estas conceptualizaciones. Instituciones cuyo denominador común es que, de algún modo, se produce la continuidad en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.

Algunos de estos supuestos están vinculados al ejercicio de derechos fundamentales. En estos casos, a pesar de la concurrencia de un incumplimiento, se excepciona el juego resolutorio con el fin de posibilitar, precisamente, el ejercicio de determinados derechos constitucionalmente reconocidos. Estos derechos son: la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE) y la participación del trabajador-ciudadano en la vida política (art. 9.2 CE) junto con el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). Se trata de supuestos en los que, a pesar de constituir un incumplimiento voluntario del contrato de trabajo o un desistimiento o abandono (salvo el previsto en el art. 45.1.g TRET<sup>346</sup>), llevan implícitos una cesación temporal, que desemboca en una liberación recíproca de las prestaciones fundamentales del contrato. Realidad que es especialmente visible en el art. 28.2 CE, pues, como afirma ALONSO OLEA, se altera el sistema extintivo tradicional, puesto que a pesar del incumplimiento implícito en toda huelga (el trabajador se niega voluntariamente a prestar su servicio pactado), el ordenamiento jurídico la trata de un modo distinto que a los demás incumplimientos imputables<sup>347</sup>. La trascendencia de este reconocimiento normativo es extraordinaria, pues, como afirma DURÁN LÓPEZ (también refiriéndose a la huelga), “se está consagrando el derecho de una de las partes de un contrato a incumplir las prestaciones contractuales a las que legalmente está obligado, sin que de ello puedan derivar consecuencias perjudiciales algunas. Por tanto, la huelga supone una quiebra fundamental de los principios que rigen la ordenación de las relaciones contractuales, en particular la ordenación de las relaciones jurídico privadas”<sup>348</sup>. En definitiva, la suspensión de la relación de trabajo en estas situaciones no sólo posibilita la continuidad del contrato de trabajo, sino que, principalmente, habilita las condiciones materiales para que el ejercicio de

---

<sup>346</sup> Calificable como una imposibilidad objetiva.

<sup>347</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 208. En términos similares, GARCÍA BLASCO. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 131.

<sup>348</sup> DURÁN LÓPEZ. *Forma de realización de la huelga: referencia especial a la huelga ilegal y a los actos abusivos distintos de la huelga*. En “Estudios sobre la huelga”. ACARL. Madrid, 1992, p. 63 y 64.

estos derechos constitucionalmente reconocidos sea posible<sup>349</sup>. Por consiguiente, la motivación que subyace en este planteamiento es que se estima más valioso la presunción de inocencia, la libertad sindical, el derecho de huelga y la participación en la vida política que la ineficacia sobrevinida provocada por los factores de inestabilidad a los que hace referencia cada uno de estos supuestos.

Sin embargo, también se regulan otras instituciones jurídico-positivas que no están directamente vinculadas al ejercicio de derechos fundamentales, respondiendo a circunstancias muy variadas. Estos institutos son: nulidad parcial, transmisión de empresa, modificación y suspensión del contrato en caso de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (en adelante, REL) y tácita reconducción de los contratos de duración determinada<sup>350</sup>.

Más allá de tener un objetivo coincidente (la estabilidad en el empleo<sup>351</sup>), el denominador común de todas ellas es que, concurrentes determinadas circunstancias, la continuidad del negocio jurídico viene determinada en virtud de una norma de carácter imperativo. De modo que los contratantes están obligados a acomodar las condiciones del contrato a los límites establecidos por estas normas<sup>352</sup>. Sin embargo, fuera de estos elementos, resulta muy complejo identificar más aspectos coincidentes en todas ellas, especialmente, porque la naturaleza del riesgo es sumamente heterogénea. En efecto, repárese que lo que pretenden es evitar que se declare la inexistencia del contrato ante situaciones de invalidez (nulidad parcial); o bien conseguir que el contrato siga produciendo efectos a pesar de su finalización por cumplimiento (tácita reconducción); o que se mantenga vigente pese al cambio no consentido de una de las partes del contrato (transmisión de empresa); o bien evitar el desistimiento o abandono de la trabajadora ante la existencia de ciertos riesgos vinculados con la maternidad (REL).

En consonancia con esta diversidad de riesgos, la respuesta legal para posibilitar la continuidad del contrato de trabajo no es uniforme: así, se acude a la integración (nulidad parcial), o a la renovación (tácita reconducción); o bien, se declara una subrogación contractual *ope legis* (transmisión de empresa), o se modifica o suspende la relación de trabajo por imperativo legal (REL). Por otra parte, la continuidad del contrato tampoco está siempre garantizada, pues, en algún caso, está sometida a una presunción *iuris tantum* (tácita reconducción).

---

<sup>349</sup> En este sentido, **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia laboral y funcionarial*. Montecorvo. Madrid, 1983, p. 348; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 171 y 172.

<sup>350</sup> En cuanto a la suspensión por maternidad biológica durante el puerperio, también podría calificarse como un supuesto suspensivo por imperativo legal. De todos modos, en tanto que estas situaciones también concurre un hecho obstativo, lo analizaremos con ocasión del estudio de la imposibilidad objetiva.

<sup>351</sup> Sin olvidar que en algunas de ellas, además, se pretende proteger la salud de la madre, del feto y del recién nacido (todo ello, en el seno de una política demográfica y de conciliación de la vida familiar y laboral).

<sup>352</sup> **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 187 y 188.

Por todo ello, podemos afirmar que, más allá de la coincidencia en el objetivo y la naturaleza “heterónoma”, no puede afirmarse que participen todas ellas de más elementos en común.



### ***5.- La libertad de empresa como fundamento para sustraerse de lo pactado.***

Con ocasión del estudio de la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida se ha defendido que la fundamentación de la posibilidad de alterar el contenido de lo pactado debía desvincularse de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida. A pesar de lo apuntado, existe un supuesto directamente vinculado a dicho fundamento constitucional. En concreto, la extinción del contrato por cese en la actividad empresarial. Afirmación que exige ciertas aclaraciones que se exponen a continuación.

Desde un punto de vista de fundamentación dogmática, el cierre de empresa no puede equipararse a una situación de crisis irreversible, de imposible superación, pues, estas situaciones probablemente tendrían mejor encaje dogmático en la órbita de la imposibilidad objetiva sobrevenida<sup>353</sup>. Por otra parte, el cierre de empresa, incluso el provocado por una situación de crisis, tampoco puede calificarse como un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida, en los términos defendidos en este trabajo. Recuérdese que la posibilidad de alterar el contenido de lo pactado en situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida, es admitida en el Derecho del Trabajo porque el Legislador estima que contribuye a dar continuidad bien al negocio jurídico o bien a la organización productiva y a los contratos de trabajo a ella vinculados. En definitiva, la alteración sobrevenida de lo pactado se permite en tanto que es una derivación del art. 35 CE y del principio de estabilidad en el empleo. Asumiendo estos parámetros, se colige que el cierre de empresa no puede calificarse como un supuesto de excesiva onerosidad, porque se opone radicalmente a la estabilidad en el empleo. Circunstancia que desde un punto de vista sustantivo, se evidencia en el hecho de que los arts. 51 y 52.c) TRET parten de un presupuesto absolutamente incompatible con los supuestos de cierre de empresa: la continuidad de la empresa y del empleo<sup>354</sup>. Desde esta perspectiva la inadecuación de la reconducción de estos supuestos a lo previsto en los arts. 51 y 52.c) TRET está fuera de toda duda<sup>355</sup>. Aspecto sobre el que nos detendremos con mayor detalle cuando se analice el régimen jurídico de este supuesto extintivo<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> No obstante, un sector de la doctrina condiciona la posibilidad de acudir a este supuesto extintivo a que concurra una situación económica negativa definitiva e irreversible. Entre otros, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **ROQUETA BUJ**. *Las llamadas "causas económicas, organizativas, técnicas o productivas"*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>354</sup> De todos modos, en cuanto a la conexión funcional entre la causa económica y el cierre de la explotación, la STS 14 de junio 1996 (5162) señala que tal conexión "entre la supresión total de la plantilla de la empresa y a situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes".

<sup>355</sup> Aunque la STS 8 de marzo 1999 (RJ 2117) confirme la vigencia de tales normas para proceder a la extinción de los contratos en los supuestos de cierre de empresas. Doctrina reiterada por la STS 25 de noviembre 1999 (RJ 8745).

<sup>356</sup> *Vid. Epígrafe II.2 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).*

Tratando de hallar el fundamento de este supuesto extintivo, sólo cabe acudir a libertad de empresa, *ex art.* 38 CE. En definitiva, la extinción de los contratos por cese de empresa se trata de una derivación del contenido esencial de este derecho, pues, como ha apuntado la doctrina, junto a la libertad de iniciar una actividad y la libertad de organización, debe sumarse la posibilidad de abandono de la actividad empresarial o, desde otra perspectiva, la no imposición de continuar.

Como expone ARAGÓN REYES, que cita a DE JUAN ASENJO, “son legítimas todas las limitaciones impuestas por ley (habría que añadir, siempre que estén constitucionalmente justificadas) con tal de que respeten la libertad del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación: una cosa (sigue diciendo este autor) es el establecimiento de límites a la actividad empresarial y otra la obligación o prohibición de la actividad empresarial en sí misma. Propiamente (continúo diciendo) ya no debiera hablarse de libertad de empresa ‘in genere’. En cada área de la economía la libertad del empresario se mueve dentro de un marco más o menos amplio y sometido a unos condicionamientos más o menos exigentes. La libertad de empresa, considerada en su calidad de derecho subjetivo, queda a salvo siempre que el empresario permanezca libre de introducirse en ese sector o abandonarlo”<sup>357</sup>.

Asumido este planteamiento, la determinación de quién debe asumir los costes derivados de la pérdida del trabajo de los trabajadores afectados por el cierre de la empresa adquiere una importancia capital. Especialmente, porque se erigen en el único elemento que puede disuadir eficazmente a los empresarios de tomar este tipo de decisiones, o al menos, a hacerlo con una intensidad menor. Lo que, sin duda, contribuye a garantizar (de algún modo) la estabilidad en el empleo. La cuestión está, como se analizará en la *Segunda Parte* de este trabajo, en decidir el nivel de disuasión/represión que socialmente se estime como más adecuado; esto es, si el empresario que toma esta decisión debe asumir con la totalidad de los costes que se derivan de su decisión o bien debe ser repercutido entre más sujetos.

---

<sup>357</sup> ARAGÓN REYES. *Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993, p. 164 y 165. *Vid.* también del mismo autor, *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa*. En “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (Dir. Pérez de los Cobos Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005, p. 34 y ss. Admitiendo que esta dimensión forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*. AL nº 3, 2006, p. 261.

## **6.- Recapitulación.**

La correcta configuración dogmática de cualquier concepto jurídico es, como se ha expuesto, un elemento clave para la posterior elaboración – también correcta – de cualquier razonamiento o argumentación, por un lado, y para la propuesta de soluciones concretas adecuadas a los fines perseguidos por la norma y por el sistema en que dicha norma se inserta (RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN). Aseveración especialmente relevante al objeto de estudio, pues, de la propuesta sistematizadora que estamos defendiendo, se deriva la posibilidad de evaluar la intensidad con la que se protege el empleo, por un lado, y la averiguación de si el modelo legal que promueve la conservación del contrato puede integrarse en un sistema, por otro.

La fundamentación dogmática es uno de los *descriptores* que hemos identificado como idóneos para la ordenación racional de las instituciones jurídico-positivas que protegen el empleo. En concreto, las categorías dogmáticas que hemos identificado y descrito son: el incumplimiento imputable, la excesiva onerosidad, la imposibilidad objetiva, la libertad de empresa y los difícilmente clasificables supuestos vinculados a una norma heterónoma de carácter imperativo.

Sin pretender reiterar aspectos que han sido expuestos con detalle en el apartado que ahora concluimos, teniendo en cuenta la evolución de la discusión doctrinal al respecto, sí nos parece especialmente interesante reiterar la validez de la teoría de la excesiva onerosidad y su engarce constitucional con el art. 35 CE y, en paralelo, el carácter claramente residual de la libertad de empresa (sólo predicable con respecto a las situaciones vinculadas al fin de la actividad empresarial - como una consecuencia lógica derivada del propio contenido del art. 38 CE).

Como se ha tratado de poner de manifiesto, si se admitiera la validez de la libertad de empresa como último fundamento de las facultades empresariales, quedaría por averiguar la fundamentación dogmática de las facultades reconocidas a los trabajadores (modificativas, suspensivas y extintivas). En tanto que la teoría de la excesiva onerosidad sería la única opción posible para justificar las de éstos, se llegaría a una asistematicidad y a una incoherencia jurídica, a nuestro juicio, difícilmente salvable. Llegados a este estadio, en coherencia, no existen argumentos jurídicos suficientes para sostener que, pese a que el empresario y el trabajador tienen reconocida idéntica facultad (ejercitable, no obstante, en situaciones distintas), la fundamentación dogmática deba ser distinta. En definitiva, consideramos que la excesiva onerosidad es la única teoría con capacidad para dar una respuesta integral, coherente y satisfactoria a esta realidad jurídica.

Por otra parte, como se observará en los *Apartados B y C* de este *Capítulo IV*, en lo que a la ocupación o predominio del espacio jurídico-positivo se refiere, frente a un cierto estancamiento de planteamientos tradicionales como la imposibilidad objetiva y el incumplimiento imputable, lo cierto es que el alcance de la excesiva onerosidad como fundamentación dogmática de los diversos institutos que promueven la continuidad del contrato de trabajo ha ido incrementándose de un modo progresivo, asumiendo un papel muy relevante en la configuración de la estabilidad en el empleo.

## ***II.- Categorización de las medidas para hacer frente a los factores de inestabilidad.***

Analizado uno de los *descriptores* que deben ayudarnos al estudio ordenado de los mecanismos de protección del empleo - para así, recuérdese, intentar cuantificar la intensidad con la que se protege el empleo en el ordenamiento jurídico español; a continuación, se procederá a la descripción del segundo descriptor anunciado. Éste se refiere a los *instrumentos o medidas* que permiten la *alteración de lo pactado*, con el fin de superar el desequilibrio contractual motivado por el hecho sobrevenido y así posibilitar la continuidad.

Tales instrumentos, genéricamente, pueden integrarse en alguna de estas categorías: la sobrevenida '*modificación*' de lo pactado (entendida en términos amplios); la *excepcionalidad* del juego resolutorio con carácter temporal; acotación de la ineficacia contractual; y la previsión de un control previo a la ejecución de todos o alguno de estos instrumentos (corporativo/administrativo o jurisdiccional). Repárese que los tres primeros instrumentos pueden explicarse a la luz o, como una derivación, de la teoría general de las obligaciones y de los contratos. Por otra parte, como denominador común, todos ellos exigen una justificación (salvo el desistimiento en el período de prueba y la extinción por abandono de la actividad empresarial) y, como una derivación de la misma, su ejercicio está sometido al cumplimiento de ciertas formalidades, previéndose mecanismos de monitorización. Finalmente, en cuanto a la intervención previa debemos tener en cuenta que responde a planteamientos heterogéneos a los de los tres citados, propios del derecho público. Veamos, seguidamente, cada uno de ellos.

### ***1.- La 'modificación' sobrevenida de lo pactado.***

Conforme a la lógica del derecho de las obligaciones y los contratos, durante la fase de ejecución del contrato de trabajo, el valor del principio *pacta sunt servanda* circunscribe al pacto novatorio la posibilidad de que las partes modifiquen su contenido<sup>358</sup>. La lógica contractual y, concretamente, la autovinculación derivada del consentimiento, excluye que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. De ello depende el valor y la eficacia de lo libremente estipulado. Por tanto, la falta de voluntad novatoria o bien deja las cosas como estaban o bien finaliza con la extinción ilícita del contrato.

---

<sup>358</sup> El ordenamiento jurídico prohíbe que "una de las partes pueda revocar el negocio a su antojo, y el art. 1256 CC establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"". RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 197; y RIVERO LAMAS. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41*, op. cit., p. 868.

Sin embargo, como apunta VIDA SORIA, en la medida que el contrato de trabajo aspira a durar en el tiempo, no es menos cierto, que es inmanente a su naturaleza un “elemento de variabilidad”, entendido como “adaptabilidad a las circunstancias cambiantes en que la relación de que se trate se desenvuelve” (o, como apunta CABRERA BAZÁN “de notas de elasticidad y dureza”<sup>359</sup>). Si no fuera de este modo, la relación devendría “insostenible para los intereses de cualquiera de las partes y, por ello, deforme e irreconocible”<sup>360</sup>.

Siguiendo el planteamiento de RIVERO LAMAS, “la base de la revisión y de la modificación del vínculo jurídico laboral no hay que situarla exclusivamente, por supuesto, en este desequilibrio de prestaciones que desvía al contrato laboral del cumplimiento de los fines que le vienen atribuidos por el Derecho, sino también en la ‘exigencia de conservación de la economía general del contrato’, en frase de DE MARTÍNI, exigencia que se traduce en el Derecho del Trabajo en el mayor interés que para el trabajador tiene la conservación de su empleo y la continuidad en la empresa que en la separación de la misma, aun cuando se haya producido una modificación en el contrato y cualquiera que sea el origen de ésta”<sup>361</sup>. De todos modos, en la actualidad, la situación ha cambiado sustancialmente, ya que, frente a la tradicional (y excepcional) atribución de la facultad modificatoria al empresario, el ordenamiento jurídico laboral también reconoce al trabajador la posibilidad de sustraerse de lo pactado e imponer unilateralmente ciertas condiciones de trabajo diferentes a las acordadas. Posibilidad, conviene destacar, que de cara a la seguridad del sistema, siempre está sometida a la concurrencia de un motivo suficiente (o causa) legalmente descrito que la posibilita (y que se identifica con alguna de las categorías dogmáticas descritas).

Las recientes reformas legislativas, dirigidas a incrementar las facultades de alteración del trabajador, suponen un “cierto” equilibrio de fuerzas en el seno contrato de trabajo, un fortalecimiento del papel de la organización productiva en la preservación del empleo (relegando el interés del empresario a un segundo plano) – y de la existencia de un interés común - y confirma la atribución de un carácter bilateral o recíproco a la flexibilidad.

Paralelamente, el ordenamiento jurídico también prevé la posibilidad de “modificar” el contenido del contrato ante el acaecimiento de determinados hechos sobrevenidos que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo, sin necesidad de la aquiescencia de los contratantes. Se trata de ‘modificaciones’ sobrevenidas de lo pactado por imperativo legal (nulidad parcial, transmisión de empresa, tácita reconducción y REL). De todos modos,

---

<sup>359</sup> CABRERA BAZÁN. *La novación ilícita del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 10 y ss.

<sup>360</sup> VIDA SORIA. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>361</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 42. *Vid.* también, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 17, 107 y 108; CONDE-PUMPIDO TOURÓN. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*. En “Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima”. Comares. Granada, 2002, p. 18; y LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 156.

conviene advertir que cuando nos referimos individualmente a cada una de estas instituciones, no puede hablarse propiamente de la concurrencia de una “modificación”, pues, las reacciones legales previstas para posibilitar la continuidad del contrato de trabajo que prevén cada una de ellas (salvo REL) no se ajustan al contenido semántico de dicho término. En la nulidad parcial, se mantiene la validez del contrato no afectado por la nulidad y se produce una sustitución de las cláusulas nulas por los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad (a través de la *integración* del contrato)<sup>362</sup>. En estas circunstancias, no se trata propiamente de un supuesto de “modificación”, pues, como afirma RIVERO LAMAS, “mal puede modificarse lo que por ser radicalmente nulo no ha llegado a nacer ni a producir un efecto”<sup>363</sup>. En cuanto a la continuidad del contrato por tácita reconducción, tampoco se produce una modificación, sino que se trata de una *renovación* del contrato; y en los supuestos de transmisión de empresa, lo que opera es una *subrogación ‘ope legis’*. El único supuesto en el que, efectivamente, puede emplearse el término “modificación” es el que hace referencia a los cambios contractuales motivados por REL. A pesar de ello, seguimos manteniendo la categorización de todas estas instituciones como un supuesto de “modificación”, siempre que se tenga en cuenta que lo hacemos en términos amplios y, por tanto, apartándonos de su concepción estricta.

Por otra parte, conviene advertir que en ocasiones paralelamente al favorecimiento de la continuidad concurren otros objetivos. Así, empleando la terminología de PEDRAJAS MORENO, en términos genéricos, puede identificarse un *fin o fundamento remoto* (estabilidad en el empleo) y el *fin o fundamento próximo* (identificado con la tutela de determinados intereses o valores concretos del Legislador – protección del menor, conciliación de la vida familiar, etc.)<sup>364</sup>. Distinción, por otra parte, que conviene retener, pues, está presente en numerosas manifestaciones jurídico-positivas de la estabilidad en el empleo.

## ***2.- La resolución excepcionada con carácter temporal.***

Frente a determinadas situaciones generadoras de la ineficacia contractual sobrevinida por resolución, el ordenamiento jurídico laboral ha reaccionado excepcionándola con carácter temporal<sup>365</sup>. En concreto, mediante la institución de la suspensión de la relación de trabajo. Ésta es una institución capital en la configuración de la estabilidad en el empleo. Siguiendo el

---

<sup>362</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 189.

<sup>363</sup> RIVERO LAMAS. *La novación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 189.

<sup>364</sup> PEDRAJAS MORENO, *cit.* RAMÍREZ MARTÍNEZ. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines, op. cit.*, p. 22 y 23

<sup>365</sup> No obstante, conviene advertir que la suspensión de la relación de trabajo no sólo es consecuencia de hechos sobrevinidos que provocan una ineficacia contractual temporal (incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva, excesiva onerosidad), sino que también puede imponerse por imperativo legal (suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural).

criterio de la mejor doctrina, “es una vicisitud por la que puede atravesar el contrato, que en un determinado momento encuentra no cumplida la normal ejecución de las prestaciones objeto del mismo”<sup>366</sup>. La suspensión provoca una cesación temporal de la ejecución del contrato, que desemboca en una liberación recíproca de las prestaciones fundamentales. Sin embargo, a pesar de ello, el ordenamiento jurídico inhabilita los cauces de funcionamiento contractual ordinarios, restringiendo temporalmente la posibilidad de extinguir el vínculo<sup>367</sup>. En consecuencia, circunstancias aptas para justificar la resolución no despliegan su capacidad para dejar al contrato sin efectos y permanecen provisionalmente en estado latente.

Por lo tanto, puede afirmarse que el incumplimiento de lo convenido (por imposibilidad objetiva, excesiva onerosidad o razones imputables) es consustancial a la suspensión<sup>368</sup>. O, desde otra perspectiva, el retraso en el cumplimiento no afecta a la vigencia del vínculo, que permanece inalterable, al igual que el resto de obligaciones contractuales no afectadas por la circunstancia suspensiva<sup>369</sup>. En síntesis, puede afirmarse que la suspensión afecta simplemente a la ejecución del contrato y no al vínculo contractual en sí mismo<sup>370</sup>. Siempre y cuando, claro está, la causa que motiva la interrupción sea provisional. Es preciso, pues, que se produzca una temporalidad de la situación determinada por la correlativa causa que la produce<sup>371</sup>. Es decir - siguiendo el planteamiento de CAVAS MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ<sup>372</sup> - no es preciso unir la nota de temporalidad a la de incumplimiento inimputable, dado que si así se hiciera, se estaría trasladando tal exigencia a la misma causa, lo que comportaría la necesidad de su apreciación *a priori*. Por ello, debe “entenderse más exacta la idea de que según la cual la apreciación ‘no debe ser referida tanto a la temporalidad, como al tiempo de duración de esa causa perfeccionada jurídicamente por la concurrencia de sus elementos definidores’”<sup>373</sup>.

Así pues, la suspensión de la relación de trabajo *contiene* (paraliza) transitoriamente la facultad resolutoria (fundada en una imposibilidad objetiva, una excesiva onerosidad o un incumplimiento grave y culpable), siempre que no se prolongue excesivamente en el tiempo o bien, no frustre el fin del contrato<sup>374</sup>.

---

<sup>366</sup> VIDA SORIA. *La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo*. RPS nº 70, 1966, p. 251.

<sup>367</sup> *Vid.* entre otros, RIVERO LAMAS. *Tipificación y estructura del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 183 y 184.

<sup>368</sup> VIDA SORIA. *La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 251; y ALONSO GARCÍA. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 525.

<sup>369</sup> VIDA SORIA. *La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>370</sup> PÉREZ LEÑERO. *Instituciones del derecho español del trabajo*. Espasa-Calpe. Madrid, 1949, p. 200.

<sup>371</sup> La doctrina distingue entre la temporalidad “breve” (susceptible de generar lo que se denomina interrupciones no retribuidas) y una temporalidad “amplia” o de mayor entidad (que genera la suspensión en sentido estricto). FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 203.

<sup>372</sup> CAVAS MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor*, *op. cit.*, nota 3, p. 55.

<sup>373</sup> En términos similares, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 188 y 190.

<sup>374</sup> En términos similares, GONZÁLEZ DE LA ALEJA. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2006, p. 134.



No obstante, éste no es un planteamiento pacífico, pues, la doctrina laboral discute si la suspensión de la relación de trabajo debe incardinarse como un “modo imperfecto de ejecución del contrato”<sup>375</sup>; o bien, como se ha defendido hasta ahora, como supuesto de “resolución excepcionada” en aras a garantizar la estabilidad en el empleo. Postura, la segunda, que a nuestro modo de ver, se ajusta mejor a la naturaleza jurídica de esta institución, por varias razones:

En primer lugar, porque este criterio, el de la “resolución excepcionada”, es el que mejor se adapta al origen y posterior evolución histórica de esta institución<sup>376</sup>. De hecho,

---

<sup>375</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ sostiene que la suspensión no constituye una excepción a las reglas comunes de resolución del contrato de derecho civil, puesto que la suspensión se halla implícitamente regulada en el CC. Como fundamento de esta tesis argumenta, por un lado, que la aplicación del art. 1124 CC requiere que se haya producido un incumplimiento contractual voluntario o bien derivado de un hecho obstativo. En consecuencia, el contrato no puede resolverse si no concurre alguno de estos supuestos. Por otro lado, se considera que la excepción de incumplimiento del acreedor mientras dure el incumplimiento del deudor se desprende del art. 1100 CC *in fine* (en el mismo sentido, **ROCA SASTRE**. *Estudios de Derecho Privado*, *op. cit.*, p. 56 y 57, y **ÁLVAREZ VIGARAY**. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Comares. Granada, 2003, p. 88 y ss.). Sobre estas bases, entiende que la suspensión no es una excepción al principio de extinción del contrato ante la inexecución de la prestación debida, sino que es una modalidad de ejecución defectuosa del contrato que complementa el régimen de la resolución por incumplimiento, dado que delimita con mayor precisión la diferencia entre la ejecución normal del contrato y la ejecución que permite la resolución. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, *op. cit.*, p. 18 a 22. Por tanto, según este planteamiento, “la suspensión se situaría en una posición intermedia entre lo que es la ejecución normal del contrato (respecto de lo que sería una ejecución defectiva) y lo que sería una inexecución desencadenante de los mecanismos extintivos generales (respecto de lo que sería una excepción)”. **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 533, p. 213; y **RAMÍREZ MARTÍNEZ**, *op. cit.*, p. 20. **MÁRQUEZ PRIETO** entiende que se trata de una “situación intermedia entre la ejecución normal del contrato y la inexecución de las prestaciones contractuales, desencadenante de los mecanismos extintivos. De hecho, la ley configura la suspensión como un modo imperfecto de ejecución del contrato de trabajo, en lugar de cómo un supuesto de extinción excepcionado. Esta idea se asienta sobre la clara separación entre la extinción, en tanto que afecta a la existencia del contrato, y la suspensión, que hacer referencia a la ejecución de sus prestaciones principales”. **MÁRQUEZ PRIETO**. *Arts. 45 a 48*. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998, p. 560 y 561.

<sup>376</sup> Desde la perspectiva del Derecho Común no se contempla la posibilidad de suspender el contrato (aunque, nada obsta que las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten determinados supuestos que provoquen la suspensión de la relación de trabajo). No obstante, la doctrina ha tratado de hallar un fundamento conforme a los parámetros del Derecho Común. Según **VIDA SORIA**, la suspensión está vinculada a la acción resolutoria y, especialmente, a la excepción de contrato no cumplido (“*exceptio non adimpleti contractus*”), dentro de la lógica de la equivalencia o equilibrio de las prestaciones. Por esta excepción, se entiende la facultad de resistir el cumplimiento y retener la prestación que le incumbe a una de las partes mientras la otra parte no cumpla. Así, frente a la acción resolutoria de la contraparte, dirigida a hacer efectivo su derecho, el acreedor insatisfecho que no cumple puede alegar en su defensa dicha “*exceptio*”, mientras que su prestación sigue existiendo, a pesar de su incumplimiento (*vid. in extenso*, **VÁZQUEZ VIALARD**. *La aplicación de la excepción de incumplimiento de contrato en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 465 y ss). Así, “la significación última de esa excepción es suspensiva de la prestación recíproca a la que no se cumplió, pues si bien conceptualmente no exige ese estado suspenso, su verdadera eficacia está en su operatividad durante el mismo: una prestación no se ejecuta mientras no se haga lo mismo con la otra. La ‘*exceptio*’, por otra parte, es conservada por su titular hasta el momento en que se actúe la prestación que no fue ejecutada y mientras el contrato permanezca en vida”. **VIDA SORIA**. *La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 254. Por ello, la interrupción de una de las prestaciones de las recíprocas, motivada por una imposibilidad temporal o pasajera, no libera al deudor de la misma sino en la medida de dicha temporalidad, e impide la acción de resolución normalmente establecida. Institución cuyo reconocimiento en el derecho común, al no tener una definición positiva expresa y al aparecer vagamente y de un modo indirecto y accidental, queda supeditada a la interpretación jurisprudencial y doctrinal. En términos generales, salvo algunas excepciones, este principio se traspa positivizado al contrato de trabajo, por lo que se puede afirmar que está firmemente asentada (**VIDA SORIA**, *op. cit.*, p. 255 y 259). Comparte esta tesis, **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia en el Derecho Español*, *op. cit.*, p. 446; y **PINTÓ I RUIZ**. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 403. **RODRÍGUEZ COPÉ** apunta que la tesis de la excepción de incumplimiento de contrato no puede exportarse al ámbito laboral, porque precisamente lo que posibilita es la protección del perjudicado por el incumplimiento de la contraparte, mientras que en el ámbito laboral la figura suspensiva actúa como un medio para proteger al incumplidor. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 26 y 27. En esta línea, **RIVAS VALLEJO** rechaza la validez de la tesis de la *exceptio non*

durante la vigencia de la LCT<sup>371</sup> y la LCT<sup>374</sup> la suspensión de la relación de trabajo se califica como supuestos en los que no cabe extinguir el contrato<sup>377</sup>. Extremo que no debe interpretarse en el sentido que en la actualidad la suspensión siga participando de esta naturaleza excepcional, pues, es evidente que se ha consolidado como institución jurídica<sup>378</sup>; sino que, su origen y fundamentación jurídica reside en esta circunstancia.

En segundo lugar, porque si la suspensión se coloca en un estadio previo y diferenciado de la resolución contractual, resulta extraordinariamente difícil, por no decir imposible, identificar en qué consiste este “modo de ejecución del contrato imperfecto” y, más aun, determinar en qué momento se convierte en un verdadero motivo resolutorio. Es decir, debería especificarse qué es lo que convierte una causa suspensiva (y, por lo tanto, un “modo de ejecución defectuoso”, según esta tesis) en una causa resolutoria, sin que concurren más circunstancias que el mantenimiento del mismo hecho sobrevenido durante un lapso de tiempo más prolongado. Asumiendo que la suspensión es una institución causal, y atendiendo a que el hecho sobrevenido mantiene la misma naturaleza a lo largo del tiempo, no se alcanza a comprender qué circunstancia es lo que, sin más, convierte una “ejecución defectuosa” en un “motivo resolutorio” o en una “inejecución total”, porque el “grado de ejecución o de inejecución” es exactamente el mismo en ambos puntos de la secuencia temporal. Además, si se acepta, como se ha afirmado, que la temporalidad no puede predicarse del hecho imposibilitante, pues, estaría trasladando tal exigencia a la misma causa, implicando la necesidad de su apreciación *a priori*, se desprende que es materialmente imposible saber anticipadamente si se está ante un “modo imperfecto de ejecución” o ante una “no ejecución” y por consiguiente ante un incumplimiento. Lo que difícilmente puede contribuir a delimitar los contornos conceptuales de la institución.

---

*adimpleti contractus* porque tiene una “naturaleza de excepción material (frente a la procesal, ejercitable en el foro jurisdiccional), y de ello deriva su inoportunidad para justificar la interrupción de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato sinalagmático”. Por este motivo, entiende que el fundamento último de la interrupción de la ejecución del contrato en el *Derecho Común*, con independencia de que se produzca como consecuencia de la aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus” o de la teoría de los riesgos, está en la idea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, como supuesto de incumplimiento contractual no culpable ni doloso. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 28. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**, sostiene que “la *exceptio* no explica toda la suspensión porque lo que permite esencialmente la suspensión es que una parte no ejecute su obligación de trabajar, no ya por el previo incumplimiento de la otra (...), sino por un hecho externo que impide el cumplimiento de la obligación y justifica la falta de cumplimiento”. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, *op. cit.*, p. 22. *Vid.* también, **CAVAS MARTÍNEZ** y **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor*, *op. cit.*, nota 1, p. 53.

<sup>377</sup> Literalmente, “tampoco podrá darse por terminado el contrato de trabajo:...” – arts. 90 y 79 Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y de 1944, respectivamente.

<sup>378</sup> En este sentido, VIDA SORIA, apunta que “la suspensión del contrato en suma deja de ser [a partir de la promulgación del ET<sup>80</sup>] una yuxtaposición de causas concretas que de determinada manera impiden la extinción del contrato, para convertirse cabalmente en una vicisitud del contrato, colocada ‘en secuencia’, entre la novación y la extinción. Una vicisitud, pues, homogénea en su régimen jurídico”. VIDA SORIA. *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*. RTS n° 44/45, 1994, p. 10.

En tercer lugar, la tesis que defiende que la suspensión constituye un “modo de ejecución defectuosa”, parece que sólo está pensando en los supuestos suspensivos que tienen su origen en una imposibilidad objetiva sobrevenida. Sin embargo, tal y como se va a exponer posteriormente, la suspensión de la relación de trabajo en el Derecho del Trabajo español también puede declararse como consecuencia de una excesiva onerosidad sobrevenida o bien como consecuencia de un incumplimiento contractual imputable. Supuestos, especialmente el último, en los que difícilmente puede predicarse la existencia de una “ejecución defectuosa”. En efecto, en los supuestos que tienen su origen en un incumplimiento imputable (por ejemplo, la huelga), es claro que no puede hablarse de “ejecución defectuosa” porque es evidente que se produce un incumplimiento grave y culpable, perfectamente calificable como una “inejecución total” y, por ende, susceptible de resolución. Y, a pesar de ello, la relación de trabajo permanece vigente<sup>379</sup>.

En cuarto lugar, si la suspensión de la relación de trabajo, *per se*, se define como un supuesto de “ejecución defectuosa” y, por consiguiente, diferenciada a los supuestos de “inejecución total”, casa mal con la finalidad perseguida por la misma, esto es, con la estabilidad en el empleo y con los intentos del Legislador de articular medidas que, superando la lógica del Derecho común, posibiliten la continuidad del contrato de trabajo, pues, al menos en este estadio la relación de trabajo estaría completamente ajena a los “peligros” resolutorios. Es decir, desde un punto de vista conceptual, entendemos que sería una obviedad afirmar que durante la suspensión el negocio jurídico mantiene su vigencia, porque se trataría de un efecto intrínseco que debería presuponerse del mismo<sup>380</sup>.

Por todo ello, entendemos que la razón fundamental que impulsa al Legislador laboral a conservar el vínculo contractual queda comprendida dentro de la lógica del principio de estabilidad y de continuidad de la relación contractual y en la contención de la facultad resolutoria, que permanece en estado latente a lo largo de toda la situación suspensiva. Finalidad fundamentada en el interés del trabajador a permanecer contractualmente unido al empresario, cuya pretensión queda relegada a un segundo plano. Al respecto la doctrina es prácticamente unánime<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Al respecto, extensamente, *infra*.

<sup>380</sup> Especialmente, si como sostiene un sector de la doctrina (RAMÍREZ MARTÍNEZ), la institución suspensiva se encuentra regulada en el propio derecho común (*vid. supra*).

<sup>381</sup> Por todos, RAMÍREZ MARTÍNEZ. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, op. cit., p. 17; PEDRAJAS MORENO. *La excedencia en el Derecho Español*, op. cit., p. 139 y ss; y 439 y ss; VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 3 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., nota 533, p. 213; y ALONSO OLEA. *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo*. Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro, 1970, p. 96. En cambio, RIVAS VALLEJO entiende que la tesis de la estabilidad en el empleo no es “científicamente suficiente como expresión de las razones que justifican la suspensión de la relación de trabajo, pues, además de tener tintes más sociológicos que jurídicos, no explica por sí misma, si no es en relación con otros principios jurídicos, la institución estudiada”. Autora que propone como alternativa la tesis de la “incompatibilidad de obligaciones o de situaciones simultáneas”. Esto es, dada una colisión o incompatibilidad de dos deberes o facultades de imposible ejercicio simultáneo, el sujeto en ella inmerso ha de

Al margen de esta discusión, lo cierto es que la suspensión es un método jurídico-positivo ideado con una finalidad unívoca: prolongar la vida del contrato. Gráficamente, siguiendo a VIDA SORIA, “consiste en un endurecimiento del vínculo, haciéndolo a la vez flexible de tal modo que pueda soportar, sin quebrar su resistencia, situaciones de anormalidad que en su momento podían hacerlo desaparecer”<sup>382</sup>. En definitiva, riesgos o fuentes de inestabilidad que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo. Lo que, desde una perspectiva estrictamente contractual, conlleva una progresiva imputación de riesgos en la esfera del empresario<sup>383</sup>. Se trata, por lo tanto, de una institución jurídica, comprendida en la dialéctica entre dureza y flexibilidad, creada “con la intención de hacer difícil o evitar la disolución de los vínculos contractuales”<sup>384</sup>. A pesar de las diversas vicisitudes que pueden motivar la suspensión de la relación de trabajo, todas ellas son una proyección del principio de estabilidad en el empleo; consecuencia directa de la positivización de determinados valores sociales. Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, la regulación de la suspensión de la relación de trabajo plantea dos desafíos de política legislativa: por un lado, decidir qué hechos sobrevenidos de naturaleza temporal pueden amenazar a la continuidad del contrato de trabajo y entre ellos, cuáles deben ser objeto de regulación; y, una vez hecha esta discriminación, determinar en qué momento el incumplimiento temporal debe calificarse como un supuesto de ineficacia contractual, esto es, hasta cuándo puede mantenerse la contención de la facultad resolutoria.

Otro de los aspectos que conviene tratar es precisar los contornos de la institución y su diferenciación con instituciones próximas (permiso y excedencia), especialmente, porque nos permitirá discriminar entre las medidas de protección del empleo de otras que no lo son. En denominador común es que en todas ellas (permiso, suspensión y excedencia) se produce un incumplimiento de, al menos, una de las prestaciones esenciales del contrato (la prestación de trabajo). El principal problema al respecto es la deficiente precisión técnico-jurídica de la regulación positiva, pues, entendemos que no existe una correspondencia entre los términos empleados en el TRET para referirse a cada institución y los efectos que se derivan de cada una de ellas (desfase, especialmente, visible en determinados supuestos de “excedencia”, pero

---

optar por uno de los dos. De tal modo que corresponde al legislador dotar de inimputabilidad al incumplimiento nacido de tales circunstancias (elección que - a nuestro entender - al igual que la tesis de la estabilidad en el empleo, se basa en criterios políticos o, empleando los términos de RIVAS VALLEJO, no se desprende de los “tintes sociológicos”). Sin embargo, la citada autora, tras constatar que esta tesis no puede extenderse a todos los supuestos suspensivos (suspensión por fuerza mayor o que provenga de la esfera empresarial o la suspensión por razones disciplinarias) constata la imposibilidad de reconducir a un esquema único la pluralidad de fenómenos que pueden motivar la suspensión y la existencia de algunos supuestos que escapan a dicha tendencia homogénea. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 36 y 40 a 42.

<sup>382</sup> VIDA SORIA. *La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>383</sup> Cfr. PEDRAJAS MORENO. *La excedencia en el Derecho Español*, *op. cit.*, p. 445 a 448.

<sup>384</sup> MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 14.

también con los “permisos” – art. 23.b TRET)<sup>385</sup>. Motivo por el que, a pesar de la denominación empleada, debemos tratar de identificar y agrupar conceptualmente todos aquellos supuestos que participan de efectos jurídicos comunes.

A nuestro entender, tomando como referencia los efectos jurídicos, consideramos que el efecto jurídico principal de toda situación suspensiva, genéricamente considerada, consiste en la liberación recíproca de las prestaciones esenciales del contrato<sup>386</sup>. Por otro lado, tal y como se ha apuntado, el contrato de trabajo permanece vigente respecto del resto de prestaciones no afectadas por la suspensión<sup>387</sup>. Lo que quiere decir que el trabajador, al menos, una vez finalizada la causa suspensiva, tiene reconocido el derecho a la reincorporación automática a su puesto de trabajo<sup>388</sup>. Pues bien, el permiso se caracteriza por el hecho de que el trabajador está legalmente facultado para no realizar la prestación laboral durante un plazo de tiempo, manteniendo el derecho al cobro del salario. En cambio, la suspensión no es retribuida, por lo que ni el trabajador debe prestar el trabajo ni el empresario abonar el salario. Finalizado el período suspensivo el trabajador se reincorpora automáticamente a su puesto de trabajo, ostenta una “reserva de plaza”. En la excedencia también opera un incumplimiento de las prestaciones esenciales del contrato. Es decir, ni trabajador ni empresario cumplen las prestaciones a las que se habían obligado. No obstante, a diferencia de la suspensión, no queda garantizada la reincorporación automática del trabajador una vez cesada la causa que produjo la excedencia (no hay reserva de plaza). En estos casos, el trabajador sólo se le atribuye un derecho preferente al reingreso<sup>389</sup>.

---

<sup>385</sup> Siendo preciso, además, un planteamiento de la sistematización.

<sup>386</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ COPÉ sostiene que la suspensión es “una institución definida jurídicamente por sus efectos y, por tanto, identificada a través de los mismos”. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *¿Suspensión o extinción de la relación contractual laboral del prejubilado?* RL 2002 – II, versión digital (La Ley 2714/2002).

<sup>387</sup> “Si la naturaleza de la suspensión es o se define por la interrupción temporal de la ejecución del contrato, sus efectos serán, en consecuencia la interrupción temporal de todos los efectos que emanan de aquél o los que conforman su contenido. Desde la óptica contraria, puede afirmarse que, puesto que subsiste el contrato, subsisten también los efectos que de él se derivan, porque, en definitiva, el contenido del contrato esta constituido por sus efectos: sin ellos no habría relación contractual alguna. Entre ambas posiciones debe encontrarse un equilibrio que se ajuste a la verdadera naturaleza de la suspensión: en pocas palabras, ésta no puede ser ni la cesación total de los efectos del contrato, aunque temporal, porque sigue vigente, ni la continuidad del despliegue de todos sus efectos, porque entonces *no estaría suspendido*. Se trata, en realidad, de la cesación temporal de *ciertos* efectos del contrato?”. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 47 y 48.

<sup>388</sup> Para RIVAS VALLEJO, el derecho a la conservación del puesto de trabajo, “no es propiamente un efecto de la suspensión, sino *del mismo contrato*, que vincula permanentemente a las partes. Es decir, que se conserve el puesto de trabajo es un efecto de la propia naturaleza ‘permanente’ del contrato, que se ejecuta de modo continuado en el tiempo, se suspenda o no alguna o ambas prestaciones objeto de aquél (...). La suspensión no afecta en nada a la continuidad del vínculo, que subsistirá o desaparecerá con independencia de tal situación (...). Por tanto, de la suspensión no se deriva como efecto el derecho a la conservación del puesto de trabajo, sino que en ello consiste la suspensión, éste es el sustrato de la misma”. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 53

<sup>389</sup> *Vid.* **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 39 a 50. De todos modos, se trata de una cuestión que no es pacífica en la doctrina. Un sector (encabezado por PEDRAJAS MORENO) entiende que no existe una distinción entre estas instituciones, sino que son envolturas formales (“especies de un género institucional que las integra”) que responden a una naturaleza común, un género suspensivo único, fundado en la interrupción de la ejecución de la prestación del trabajador en base al principio de estabilidad. Descartado el carácter autónomo de cada una de ellas, la distinción entre la interrupción, la suspensión y la excedencia, partiendo de la lógica de la

En definitiva, a partir de estos elementos, podemos afirmar que, a pesar de la denominación legal, deben calificarse como supuestos suspensivos, todos los supuestos a los que el TRET se refiere como “excedencia”, salvo la “excedencia voluntaria” prevista en el art. 46.2 TRET y la “excedencia sindical” prevista en el art. 46.4 TRET, porque en estos supuestos simplemente se reconoce un derecho preferente al reingreso<sup>390</sup>. Y, por consiguiente, son medidas legales que no pueden integrarse en la idea de la estabilidad en el empleo<sup>391</sup>. En cuanto a los supuestos de interrupción, tampoco participan de este planteamiento porque son situaciones en las que, por definición, la continuidad en el empleo no está amenazada.

Para finalizar, conviene tener en cuenta que la excepción del juego resolutorio sólo opera ante determinados hechos sobrevenidos (subsumibles en alguna de las categorías dogmáticas analizadas). Es decir, debe concurrir un motivo suficiente que la justifique, sin el cual, la excepcionalidad no opera. Y, al respecto, la legislación española, bajo el impulso del Derecho comunitario, está experimentando una expansión ciertamente destacable.

### ***3.- La acotación de la ineficacia contractual sobrevenida.***

La resolución es una forma de ineficacia del contrato, en la que se constata una desigualdad o un grave desproporción en las prestaciones de ambas partes. Frente a otros supuestos de ineficacia contractual (como la revocación o la rescisión) la resolución adquiere especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo, especialmente, porque en la ineficacia del contrato no ha intervenido la voluntad conjunta de las partes – inicial o sobrevenida - (lo que lo distingue de la revocación<sup>392</sup>) y porque se refiere a circunstancias que

---

imputación de riesgos, bascula sobre las siguientes coordenadas: mayor o menor interés del legislador de proteger un bien social, y mayor o menor duración de la situación. Así, la interrupción se identifica con situaciones de corta duración que socialmente se estiman que precisan de protección. A partir de aquí, en función de la mayor duración o bien de la importancia del fundamento próximo se articularían la suspensión y la excedencia. Aunque, como afirma este autor, la “realidad normativa no encaja con estos esquema teóricos”. **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia en el Derecho Español*, *op. cit.*, p. 437, 447 y 448. Otro sector de la doctrina (**RAMÍREZ MARTÍNEZ**) se sitúa en una posición que podría calificarse como “pesimista”, pues no sólo descarta ambas posturas, sino que concluye que “los intentos de determinar la naturaleza jurídica de la suspensión no son satisfactorios”. Por un lado, sostiene que a pesar de que uno de los elementos que denota la existencia de una institución autónoma es la existencia de efectos comunes, ésta no puede definirse únicamente por sus efectos, sino por la existencia de una “misma matriz institucional, definida por una caracterización única”. En este sentido, estima que la distinción de **VIDA SORIA** no es válida porque toma como referencia los efectos jurídicos que se derivan de cada una de ellas. Por otro lado, tampoco acepta la opción unitaria, porque precisamente no puede predicarse la existencia de efectos comunes. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, *op. cit.*, p. 26 a 30.

<sup>390</sup> Respecto de este segundo supuesto, *vid.* STC nº 263, 3 de octubre 1994 (RTC 263).

<sup>391</sup> Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en virtud de lo previsto en el art. 46.6 TRET, a través de la negociación colectiva cabe establecer otros supuestos de excedencia “con los efectos y el régimen que allí se prevean”. Un análisis de cómo se ha producido este tratamiento en la regulación convencional, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 221a 223.

<sup>392</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ** se refiere a la *disolución por mutuo acuerdo* como un supuesto de ineficacia sobrevenida junto con la resolución (que se diferencia de la primera por no derivar de la voluntad concorde de las partes). En términos similares, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 7.

no estaban presentes en el momento de conclusión del contrato (que lo diferencia de la rescisión), convirtiéndola en el supuesto de ineficacia más importante y numeroso<sup>393</sup>. En definitiva, es la fuente de inestabilidad contractual más común y, por ende, más amenazante.

La resolución, por definición, debe estar motivada y las circunstancias que pueden provocarla son: incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad. La causalidad o la concurrencia de un motivo razonable es, por tanto, una consecuencia intrínseca a la resolución contractual. Sin que sea concebible la arbitrariedad (lo que encaja perfectamente con la estabilidad en el empleo y la dimensión de seguridad que la define medularmente). Circunstancia de importancia capital por cuanto que se derivan varios efectos en cascada. En primer lugar, la concurrencia o no de un motivo suficiente delimita el ejercicio de una facultad lícita o ilícita. En segundo lugar, el sistema de causalidad está estrechamente ligado a un sistema de responsabilidad. Aunque, como se sabe, desvinculado de la dicotomía licitud o ilicitud. Por suerte, el ordenamiento jurídico laboral ha superado los planteamientos decimonónicos que circunscriben la responsabilidad a la existencia de culpa. Y, en tercer lugar, el sistema de causalidad exige un control de legalidad (judicial) y un mecanismo para exigir el cumplimiento de las condenas (normas de ejecución procesal).

Pues bien, la dinámica del ordenamiento jurídico laboral en relación a la resolución ha ido encaminada en dos direcciones u objetivos: expansiva, en lo que a su ámbito de aplicación respecta, y restrictiva, en lo referente a la conceptualización de los motivos resolutorios.

Como consecuencia de la persecución del primer objetivo, se ha tratado de reducir a la mínima expresión el ámbito de aplicación de un supuesto de ineficacia contractual como es el desistimiento empresarial<sup>394</sup>. El motivo de esta “persecución” se explica porque se trata de una institución que casa mal con el principio de estabilidad en el empleo; especialmente, porque, al gravitar alrededor de la arbitrariedad, supone una “agresión” frontal a la estabilidad (en su dimensión “seguridad”)<sup>395</sup>. De hecho, la política legislativa ha sido bastante eficiente al respecto, pues, el desistimiento del empresario sólo se admite durante el período de prueba. Como se sabe, desde 1931, la lógica resolutoria se ha exportado a todos los contratos con independencia de su duración. Sin embargo, a pesar de este intenso acotamiento, el desistimiento durante el período de prueba sigue evidenciando una difícil convivencia con la estabilidad en el empleo<sup>396</sup>, lo que ha llevado al Legislador a plantearlo en términos restrictivos, aunque sin incidir en su mecánica operativa nuclear. Lo que ha motivado que gran parte de la doctrina venga exigiendo, con razón, la vinculación del desistimiento con la aptitud,

---

<sup>393</sup> *Vid.* al respecto, **ALONSO GARCÍA**. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, *op. cit.*

<sup>394</sup> Descartando, por consiguiente, las tesis que lo equiparan a una *condición resolutoria*. *Vid.* al respecto *infra*, *Epígrafe II.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*.

<sup>395</sup> *Vid. supra*.

<sup>396</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 19 y 20.

comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador (planteamiento fortalecido en gran parte por el Tribunal Constitucional al no admitirlo cuando se efectúe violando derechos fundamentales<sup>397</sup>). De todos modos, conviene tener en cuenta que, aunque pueda resultar paradójico, existe una estrecha relación de causa-efecto entre el desistimiento durante el período de prueba y el principio de causalidad. Como ha indicado la doctrina, en un contexto normativo regido por el principio de causalidad como derivación de la estabilidad en el empleo, el período de prueba y el derecho a desistir es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación<sup>398</sup>.

Por otro lado, la legislación laboral, en términos generales, ha tendido hacia una concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Proceso cuyas primeras manifestaciones se dan en el incumplimiento imputable; y que, posteriormente, se ha exportado de un modo progresivo hacia la imposibilidad objetiva, especialmente, cuando afecta al trabajador. Lo que se ha traducido en una intensificación de la excepcionalidad temporal del juego resolutorio. En cuanto a la resolución por excesiva onerosidad se ha desarrollado un proceso particular, pues, partiendo de una concepción restrictiva inicial, se ha producido una progresiva “relajación”, en tanto que con ello se posibilitaba la continuidad de la actividad empresarial y con ella la de los contratos de trabajo a ella vinculados.

#### ***4.- La intervención pública previa.***

La intervención de un órgano del Estado con carácter previo a la adopción de medidas de reestructuración empresarial (modificación, suspensión o extinción) ha sido siempre controvertida. Cuestión que, en definitiva, cobija un viejo conflicto entre dos posicionamientos enfrentados y recíprocamente excluyentes: el papel que debe atribuirse a la autonomía de la voluntad y la heteronomía previa a los efectos de prevenir un riesgo<sup>399</sup>. Esto es, la discusión respecto de quién está en mejor condiciones de valorar la dimensión del riesgo y sus consecuencias (especialmente, la imputación de los costes que se derivan de su perfeccionamiento).

---

<sup>397</sup> Vid. al respecto *infra*, Epígrafe II.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>398</sup> El carácter incierto del pronóstico sobre la aptitud del trabajador justifica una fase experimental de la relación de trabajo. MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 140. No obstante, para un sector de la doctrina, “el período de prueba responde a una necesidad hasta cierto punto artificial en la relación de trabajo, la posibilidad de comprobar *in situ* la adecuación del trabajador al puesto de trabajo y a la organización productiva sin necesidad de afrontar los costes de un proceso de despido; necesidad que es artificial porque surge como consecuencia de una decisión previa del legislador, la de limitar el poder de despido del empleador”. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *El período de prueba*. REDT nº 100, 2000, p. 466.

<sup>399</sup> Repárese que la cuestión no está en el carácter administrativo del control, sino de su condición de control previo a la decisión extintiva. DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 257; CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 49.



Dicotomía que, en la práctica, se traduce en la discusión relativa a si la determinación de las actividades que se estimen socialmente más adecuadas, así como de la intensidad con la que debe permitirse su ejercicio, debe efectuarse según los dictados del mercado y el juego de la autonomía de la voluntad (o decisiones individuales) o, por el contrario, en base a lo que se prevea por las instituciones públicas (o decisiones colectivas). En definitiva, lo que se discute es qué modelo se entiende más idóneo para cuantificar la intensidad con la que la sociedad está dispuesta a permitir una determinada contingencia o cuál es el modelo de prevención socialmente aceptado para *gestionar* los perjuicios que provoca<sup>400</sup>.

Pues bien, el ordenamiento jurídico español prevé dos sistemas de intervención previa: administrativa y judicial. En cuanto a este último mecanismo, pese a desaparecer para los despidos en 1956, ha sido “resucitado” por la LC, para las modificaciones, suspensiones y resoluciones en las situaciones de concurso.

Veamos separadamente cada uno de ellos.

#### ***4.1.- La intervención administrativa previa.***

El origen de la intervención administrativa como mecanismo para preservar el empleo se halla, como se sabe, en la LPO’35 y en el DCr’35, para las situaciones de “falta de trabajo” (aunque, los órganos paritarios debían resolver con carácter previo a la intervención administrativa). Posteriormente, a partir del DCr’44, los organismos competentes del Ministerio de Trabajo monopolizarán todo el procedimiento, requiriéndose la preceptiva autorización previa para modificar, suspender y resolver los contratos por crisis (art. 1 y 2). La autorización administrativa previa que tiene un carácter constitutivo, por lo que si no se obtiene el beneplácito administrativo no se puede ejecutar la medida propuesta, sancionándose su omisión con la declaración de nulidad de la decisión adoptada. La promulgación del DPE’72, pese a los propósitos liberalizadores iniciados en los años 50, no sirvió para rebajar el intervencionismo, sino todo lo contrario<sup>401</sup>. Y, la LRL’76, en su art. 18, pese a no modificar en lo sustancial el régimen de autorización previa precedente<sup>402</sup>, confirma la tendencia expansiva al exigirse para las suspensiones y extinciones por imposibilidad objetiva. Con el RDLRT’77 se produce un cambio sustancial en la regulación (arts. 39 y 45). En primer lugar, se establece una distinción entre la resolución individual y las colectivas, supeditándose estas últimas a la

---

<sup>400</sup> *Vid.* respecto a la desregulación en términos generales, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Flexibilidad, juridificación y desregulación*. RL 1987 – I, p. 28 y ss.

<sup>401</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

<sup>402</sup> Aunque, sí introduce algunas novedades como, por ejemplo, la exigencia del preceptivo informe previo de la Organización Sindical y del Jurado de Empresa o de los Enlaces Sindicales cuando no exista Jurado de Empresa. *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

preceptiva autorización administrativa previa. En segundo lugar, se exige el informe preceptivo de los representantes de los trabajadores de la empresa. Y, en tercer lugar, el expediente puede finalizar por acuerdo entre el empresario y representantes de los trabajadores, en cuyo caso, la Autoridad Laboral, sin más trámite podrá autorizar la suspensión o la reducción de plantilla pretendida o bien determinar que se siga el procedimiento reglamentariamente establecido<sup>403</sup>. El ET'80 modificará el esquema precedente. En cuanto a las resoluciones colectivas por "causas de empresa", sigue manteniéndose la obtención de la autorización administrativa previa (art. 49.9 y 51 ET'80), salvo cuando se trate de la amortización de un puesto de trabajo individualizado en empresas de menos de 50 trabajadores (art. 52.c ET'80). Para las resoluciones colectivas se mantiene un período de negociación entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. En el caso de acuerdo, la Autoridad Laboral, debe determinar "sin más trámite" la extinción. Si no hubiera acuerdo, el empresario deba solicitar a la Autoridad Laboral la autorización de las resoluciones proyectadas. Procedimiento muy similar para la suspensión y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas de empresa. En cambio, se mantiene la autorización previa para la suspensión y resolución por imposibilidad objetiva.

La promulgación del TRET seguirá otorgando un papel importante a la Administración aunque limitará su ámbito de actuación. Así, salvo acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, la autorización administrativa sólo es preceptiva para los denominados "ceses colectivos mayores" y las suspensiones por "causas de empresa"; también se prevé para determinadas reducciones de jornada (art. 203.3 TRLGSS), no siendo preceptiva para el resto de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Por otra parte, se mantiene la autorización para las extinciones y suspensiones por imposibilidad objetiva.

Hecho este breve repaso, se colige que la Autoridad Laboral ha jugado un papel destacado a la hora de interpretar el nivel de estabilidad que ha ido reclamando la sociedad española a lo largo todas estas décadas. Aunque la evolución legislativa parece evidenciar que se trata de un método de control de la inestabilidad que se encuentra en una fase de lento pero progresivo desuso.

Esta función "decisoria" (o de "policía"), y no meramente mediadora, asignada a la Administración en estos procesos de reestructuración ha suscitado intensas controversias, especialmente, respecto de su encaje en el escenario descrito por la dinámica económica imperante<sup>404</sup>. Más allá del debate sobre la idoneidad o no de su implantación, que debe resolverse conforme a una decisión de política legislativa<sup>405</sup>, desde la perspectiva estrictamente

---

<sup>403</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

<sup>404</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe II del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>405</sup> Brevemente al respecto, MARTÍN JIMÉNEZ. *Los Actos Administrativos Laborales y su Control Jurisdiccional*. CES. Madrid, 2001, p. 264 a 267.

jurídica, la autorización administrativa previa ha suscitado ciertas dudas (ya superadas) respecto de su adecuación al ordenamiento comunitario<sup>406</sup> y una dilatada discusión en lo relativo a su naturaleza y fundamento (arbitral o jurisdiccional). Controversia, esta última, especialmente relevante si se tiene en cuenta que de ella penden dos aspectos de gran trascendencia: por un lado, la verdadera capacidad valorativa de la Administración (discrecional o reglada) y las posibilidades de su posterior monitorización jurisdiccional; y, por otro, la naturaleza de la facultad empresarial (poder originario o una mera expectativa de facultad).

Dejando al margen esta última discusión (ya analizada con anterioridad), puede afirmarse que la Administración desarrolla una función que difícilmente puede calificarse como estrictamente jurisdiccional, porque al vincularse a la estabilidad en el empleo y estar afectado un interés público, resulta muy difícil afirmar que sólo resuelve un conflicto jurídico y, en modo alguno, de intereses. A partir de aquí, es lógico pensar que en su cometido la Administración ostente una facultad discrecional, con los límites que – como se analizará – normativamente se le han incorporado. Llegados a este punto, conviene tener presente, siguiendo al criterio unánime de la doctrina, que el margen de maniobra de la Administración varía en función de si el período de consultas ha finalizado con o sin acuerdo. Sintéticamente, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente<sup>407</sup>, si hubiera acuerdo la Autoridad Laboral *debe autorizar* la medida solicitada en sus propios términos, salvo que se aprecie la existencia de “fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, o bien, estime que el acuerdo “pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo” (arts. 51.5.2º TRET y 11 RPRE). En cambio, si no hubiera acuerdo, la Autoridad Laboral “dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial” (art. 51.6 TRET y 12 RPRE).

No obstante, las diferencias (evidentes) entre ambas situaciones y el distinto papel que debe jugar la Administración en cada una de ellas no es suficiente, a nuestro entender, como para entender que la naturaleza jurídica de su intervención sea heterogénea, especialmente, si se tiene en cuenta que, incluso en el caso de acuerdo, la Autoridad Laboral está facultada para comprobar la concurrencia del desequilibrio alegado a efectos de valorar la existencia de fraude. Téngase en cuenta que la novedad más destacable con respecto a la normativa anterior a 1994 es que la Administración está facultada para monitorizar el fraude en general y, en particular, el

---

<sup>406</sup> Un análisis de la adecuación de la normativa española a la legalidad comunitaria, **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español*. AL 1987 - II; **MOLERO MANGLANO**. *Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo*. RTSS nº 8, 1992, nota 9, p. 12 y 13; **MONEREO PÉREZ**. *La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la 'reforma del mercado de trabajo': la normativa sobre despidos colectivos*. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada, 1996, p. 381 y ss. En y **ARGÜELLES BLANCO**. *Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español*. AL 1994 - I, p. 54 y ss; y bibliografía citada en nota 33, p. 56.

<sup>407</sup> *Vid.* al respecto, Epígrafe I.2 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

intento de fraude a la Seguridad Social<sup>408</sup>. En otras palabras (al margen de que suceda o no en la práctica), en tanto que debe evaluar en ambos casos si efectivamente concurre el desequilibrio contractual alegado, esto es, una excesiva onerosidad sobrevenida, no parece que puedan identificarse diferencias sustanciales entre la actuación en tales situaciones<sup>409</sup>. Por consiguiente, a diferencia de las objeciones planteadas por un sector de la doctrina, el empleo del gerundio “autorizando”, *ex art. 51.5 TRET*, se ajusta a la naturaleza del papel que desempeña la Administración en estos supuestos<sup>410</sup>.

A continuación se analiza, primero, la *naturaleza y fundamento de la intervención administrativa*; y, derivado de lo anterior, lo que podríamos denominar, la *capacidad valorativa de la Administración*.

#### **4.1.1.- Naturaleza y fundamento de la intervención administrativa.**

Durante la vigencia del DCr'35, la naturaleza jurídica de la intervención administrativa no suscita excesivo interés (recuérdese que la Administración actuaba sólo si el empresario impugnaba la decisión de los órganos corporativos)<sup>411</sup>. En cambio, a partir del DCr'44, parece que la doctrina acepta que la autorización a administrativa debe entenderse en su concepción clásica (esto es, presuponiendo la preexistencia de un derecho originario). Sin embargo, atendiendo a las amplias facultades atribuidas a la Administración, aparecen algunas voces que entienden que, a pesar de la literalidad de la norma jurídica, la figura de la autorización no es del todo adecuada al ámbito laboral, dado que, en tanto que restringe las opciones de la Administración a la mera constatación, no encaja en la previsión legal. Según VILLAR PALASÍ, “se define la autorización como una declaración de voluntad con la que un sujeto o un órgano de la Administración pública permite que otros ejerciten un Derecho o poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio, en relación al interés específico que el sujeto

---

<sup>408</sup> AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 147.

<sup>409</sup> En términos similares, DESDENTADO DAROCA. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, *op. cit.*, p. 543.

<sup>410</sup> En contra, GÁMEZ OREA, recogiendo la opinión de GARCÍA FERNÁNDEZ, sostiene que el empleo del gerundio “autorizando” es técnicamente incorrecto, dado que se trata de una actuación reglada y, por tanto, no queda margen alguno para la discrecionalidad. Motivo por el cual sería más acertado, afirma, que la expresión fuera “determinará [...] sin más trámite, la extinción”, como recogía la normativa anterior. GÁMEZ OREA. *Despidos colectivos y principio de congruencia*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>411</sup> Por ejemplo, GALLART Y FOLCH apenas dedica un párrafo al Decreto de 1935. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 87. SANTAMARÍA ANSA, en 1936, se limita a reproducir el texto legal. SANTAMARÍA ANSA. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 124 y 125. Y GARCÍA OVIEDO, en 1946, sólo afirma que el empresario “habrá de obtener la previa autorización de los organismos correspondientes del Ministerio de Trabajo”. GARCÍA OVIEDO. *Tratado Elemental de Derecho Social*. Librería General de Victoriano Suárez, 2ª Ed – 1946. Madrid, p. 248.

autorizado debe tutelar”<sup>412</sup>. Por ello, se asevera que su actividad encaja más correctamente en el concepto de *permiso* que en el de *autorización*, dado que el permiso no exige motivación alguna (es discrecional), mientras que la autorización sí, porque presupone un derecho subjetivo, expectante y latente en el ejercicio pleno<sup>413</sup>.

Años más tarde, esta postura será criticada por CRUZ VILLALÓN (vigente el ET’80) quien, tras poner en duda la distinción jurídica entre permiso y autorización administrativa, entiende – ajustadamente, a nuestro entender - que la intervención administrativa no responde a la técnica autorizatoria clásica, por cuanto que la actividad administrativa no resuelve un conflicto entre Administración y administrado, sino que opera una relación triangular en la que la intervención de la Administración afecta a las relaciones entre dos particulares, con la finalidad de influir en la relación de trabajo y resolviendo un conflicto social (o público)<sup>414</sup>. Todo ello permite afirmar que la Administración actúa como un tercero neutral, y por ello, su intervención “merecería el calificativo de actividad arbitral” (concretamente, a través de lo que se ha denominado, como una *actividad arbitral indirecta*<sup>415</sup>). En este proceso, la Administración no pretende averiguar quién posee un mejor derecho, sino que resuelve un conflicto de intereses, sin que pueda identificarse una actividad propiamente jurisdiccional (lo cual iría en contra del principio de separación de poderes instaurado a partir de 1978). Por ello, no sólo está facultada para enjuiciar la situación presentada, sino también para valorar la realidad y gravedad de las necesidades empresariales alegadas y para ponderar los perjuicios que pudieran derivarse, sin necesidad de constreñirse a consideraciones estrictamente jurídicas<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> VILLAR PALASÍ. *La intervención administrativa en la industria*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1964, p. 304.

<sup>413</sup> SAGARDOY BENGOCHEA. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, *op. cit.*, p. 200 y 201.

<sup>414</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 263 y ss. En definitiva, “se produce, de este modo, y al hilo del ejercicio de una determinada actividad de limitación justificada por la salvaguarda del interés público, una resolución de una controversia entre particulares”. MERCADER UGUINA y TOLOSA TRIBIÑO. *Derecho Administrativo Laboral*, *op. cit.*, p. 481.

<sup>415</sup> MERCADER UGUINA y TOLOSA TRIBIÑO. *Derecho Administrativo Laboral*, *op. cit.*, p. 481 y 482: “la Administración aplica el derecho para sus fines y como consecuencia secundaria de esa aplicación se produce la resolución de un conflicto entre particulares. Pero la realización de esa actividad arbitral inevitable se justifica por el hecho de que se produce como efecto necesario en la aplicación del Derecho para el logro de los fines públicos que son propios de la intervención de la Administración”.

<sup>416</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 209 y 264 a 266; y *El control judicial de los actos de la administración laboral: la extensión de las jurisdicciones Laboral y Contencioso-Administrativa*. En “Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons, 1991, p. 26 a 31; En términos similares, GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ. *La intervención de la administración en las relaciones laborales. Recopilación de posibles actuaciones administrativas*. RL 1990 - I, p. 979 y 980; GONZÁLEZ ORTEGA. *Poder de dirección, negociación colectiva e intervención estatal*. En “Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales” (Coord. Navarro Nieto). XI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Trotta. Madrid 1994, p. 53; OJEDA AVILÉS. *La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España*. RL 1993 - II, p. 372 y 373; DIÉGUEZ CUERVO. *Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites*, *op. cit.*, p. 330; y *Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo*. RMTAS n° 3, 1997, p. 268. En la jurisprudencia, STS 13 de diciembre 1990 (RJ 9783).

Como una derivación de la tesis que sostiene la naturaleza arbitral de la intervención administrativa (y con el fin de declarar claramente su inadecuación e inconstitucionalidad), un sector de la doctrina es partidario de calificar la intervención como una *actividad arbitral directa*, argumentándose que en las extinciones colectivas no puede identificarse un “interés público diferenciado de los intereses de las partes (empresario y trabajador) que requiera una especial protección por parte de la Administración frente al posible peligro derivado de la facultad privada de

Pese a tratarse de un planteamiento controvertido en la doctrina<sup>417</sup>, lo cierto es que en los supuestos de resolución por excesiva onerosidad, *difícilmente puede admitirse*, como sostiene un sector de la doctrina<sup>418</sup>, que el papel desempeñado por la Administración responde a postulados estrictamente jurisdiccionales, de modo que, adoptando una postura neutral, resuelve una discrepancia estrictamente “jurídica” (y no de “intereses”) entre dos ciudadanos<sup>419</sup>.

---

*despedir por causa económica o tecnológica” (dicho interés se halla protegido desde el instante que existe una regulación normativa y un control judicial de la misma), por lo que, tratando de averiguar cuál es la naturaleza de la actividad administrativa se observa que no se trata de una autorización típica, sino de una intervención ordenada “primordialmente a enjuiciar la existencia o no de una causa extintiva en una relación *inter privados*”. **DESDENTADO DAROCA.** *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, op. cit., p. 530 y 531. *Vid.* también, **DESDENTADO BONETE.** *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., nota 14, p. 447; y *Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor*. REDT n° 100, 2000, p. 986; y **GARRIDO PÉREZ.** *La información en la empresa*. CES. Madrid, 1995, p. 241 y 242. Según **GOERLICH PESET**, difícilmente puede admitirse la inconstitucionalidad de la intervención administrativa en estos supuestos, en base a que se excede de sus competencias pues en vez de servir a los intereses generales (art. 103.1 CE) estaría resolviendo litigios particulares, porque, si bien es cierto que en el ERE se solventa un conflicto de carácter contractual (entre privados), “no es menos cierto que se dan cita también ‘intereses económicos y sociales’ cuya ponderación puede precisar la intervención administrativa”. **GOERLICH PESET.** *La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas*, op. cit., p. 12 y 13. De hecho, la mayor parte de la doctrina es unánime en afirmar la concurrencia de un interés público, *vid.* al respecto, **DEL VALLE VILLAR.** *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 251 a 259; **SANTOS FERNÁNDEZ.** *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 492; **ORTIZ LALLANA.** *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 151 y 152; **NAVARRO NIETO.** *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 29 y ss.; **MARTÍNEZ EMPERADOR.** *El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995, p. 198; **SENRA BIEDMA.** *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons, Madrid 1994, p. 250; **CASAS BAAMONDE.** *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 47 y 48; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ.** *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 386. Incluso, se ha destacado que en algún momento (especialmente durante la vigencia de la LCT<sup>44</sup> y el ET<sup>80</sup>), se ha producido un *sobredimensionamiento* de la defensa de los intereses públicos como consecuencia de la intensa intervención administrativa en los supuestos de modificación, suspensión y extinción del contrato individual o colectivo. De todos modos, mientras que parece admitirse la idoneidad de la intervención administrativa en los supuestos de extinción por causas de empresa tras la reforma de 1994, se critica el sistema previsto en los casos suspensivos, porque al no seguir una distinción entre la dimensión individual y colectiva, se produce una “sobrepotección de los posibles intereses públicos existentes en estos supuestos”. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 88 y 159. Finalmente, como advierte **DEL REY GUANTER**, a pesar de que la Ley 11/1994 justifica la intervención administrativa en los supuestos de extinción colectiva en base a que los intereses colectivos y económicos deben ser ponderados (Exposición de Motivos), de ello no se deriva que en el análisis de la propuesta extintiva, la Administración esté facultada para valorar otros aspectos que los estrictamente circunscritos al ámbito de la empresa en cuestión. **DEL REY GUANTER.** *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 208.*

<sup>417</sup> La calificación de la intervención administrativa como una actividad arbitral (en términos generales) ha sido criticada porque, se afirma, no es coherente con la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, ni con el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. **RIVERO LAMAS.** *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, op. cit., p. 109 y 110.

<sup>418</sup> **ALARCÓN CARACUEL.** *Una valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral*. En “La reforma del procedimiento laboral”. Marcial Pons. Madrid, 1989, p. 26 y 27; **GÁMEZ OREA.** *Despidos colectivos y principio de congruencia*, op. cit., p. 191; **CASAS BAAMONDE.** *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 51; y **SEMPERE NAVARRO.** *La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo*. REDT n° 19, 1984, p. 393 y 394.

<sup>419</sup> Este breve repaso de las diversas posturas doctrinales relativas a la naturaleza de la intervención administrativa, debe completarse con la mención sucinta de los autores que mantienen una postura ecléctica. Aunque en este espacio también existen ciertas divergencias, en función de si se pone el acento en su naturaleza jurisdiccional o bien en la arbitral. Respecto de los primeros, **GONZÁLEZ-POSADA** (vigente el TRET), apunta que al exigirse a la Administración que verifique la “razonabilidad” de las medidas extintivas, está resolviendo fuera de los cauces de un conflicto jurídico, ubicándola en un conflicto de intereses. Sin que ello desemboque en la aceptación de la naturaleza arbitral o cuasiarbitral, dado que su actuación no depende del consentimiento de las partes, ni tampoco obedece a circunstancias excepcionales. Por consiguiente, lo que opera es una “materialización del poder

A partir de la *maleabilidad* que la excesiva onerosidad puede jugar en la dinámica del contrato y del nuevo contexto económico-productivo, se pone de manifiesto que el interés público residente en la voluntad de proteger la estabilidad en el empleo no cobija, al menos como objetivo *prioritario*, la continuidad de los trabajadores afectados por el expediente y, sí, en cambio, y de un modo preponderante, la viabilidad del proyecto empresarial y, por ende, la salvaguarda de los contratos no afectados y la posibilidad de crear nuevo empleo en un futuro. Tarea que, en tanto que extraordinariamente compleja (por la concurrencia de parámetros que exceden, sin duda, de lo jurídico) y esencialmente prospectiva, *difícilmente* puede articularse entorno a la “búsqueda de quién posee un mejor derecho conforme a la normativa jurídico-positiva vigente”<sup>420</sup>, esto es, conforme a parámetros estrictamente jurisdiccionales.

---

administrativo” de naturaleza “mixta”, dado que se expropia el derecho del trabajador al mantenimiento del empleo y se faculta al empresario a la extinción, porque lo que se pretende con esta conducta es alcanzar un “resultado social”. **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 380. DE LA RÚA MORENO (vigente el ET’80), entiende que en la medida que se resuelven intereses estrictamente privados, la solución sólo puede ser alcanzada jurisdiccionalmente, aunque al atribuirse a la Administración, da origen a un arbitraje obligatorio. No obstante, afirma, en determinados supuestos no puede obviarse la repercusión plural y colectiva, razón por la cual “se busca un posibilismo de la asignación legal a la Administración de la función jurisdiccional arbitral”. **DE LA RUA MORENO**. *La intervención administrativa en el contrato de trabajo y su control jurisdiccional: empleo, permisos y autorizaciones de trabajo. Traslados, modificaciones de condiciones de trabajo, suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tecnológicas y fuerza mayor*. En “Problemas de delimitación de competencias entre el orden Contencioso-Administrativo y el orden Social de relaciones laborales en el sector público”. CGPJ. Madrid, 1993, p. 101. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, tras advertir que la solución a esta discusión depende del punto de vista desde el que se enfoca la cuestión (*La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 193), sostiene – citando a RIVERO LAMAS – que la Administración no ejerce “un control de oportunidad, sino reglado, que se dirige a la fijación de la concurrencia del supuesto de hecho concreto al derecho potestativo en cuestión” (p. 196). Ahora bien, el hecho de que la Administración deba realizar una “valoración de causas y efectos, una ponderación de éstos, y, a tenor de esas operaciones, realizar una función arbitral entre los intereses en conflicto, decidiendo con cierta discrecionalidad”, no es óbice para considerar su actividad como reglada (p. 119). Por ello, prosigue, es posible sostener que la Administración realiza un arbitraje más de hecho que de derecho, porque, si se acepta que las causas de empresa legalmente definidas son un “engaño” (p. 197 y 99), la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, “para cuya aplicación la ley no ofrece soluciones exactas”, desemboca necesariamente en la valoración del supuesto de hecho descrito en la norma, valorando la posición relativa de las partes ante la alteración (p. 98, 190 y 197). Por otra parte, prosigue el citado autor, la voluntad del Legislador de ofrecer un cierto margen de flexibilidad en la apreciación de la existencia de las razones que justifican las alteraciones contractuales, no es sinónimo de discrecionalidad entendida como la posibilidad de la Administración de apreciar en supuestos semejantes la existencia o no de la causa justificante (p. 196). En definitiva, “no debe confundirse la indeterminación normativa, la dificultad de apreciación de la causa legal de las modificaciones, y, sobre todo, la existencia de un gran margen de subjetividad en la interpretación de los datos técnicos, con el hecho de que la autoridad laboral detente una potestad discrecional y cumpla una función arbitral. La actividad es reglada y de control” (p. 120).

En cambio, un sector de la doctrina estima que la Administración “además de actuar en la defensa del interés público, desde una perspectiva material, actúa como un *cuasi-árbitro* entre los intereses contradictorios de los sujetos que son parte en el procedimiento”; aunque conviene tener en cuenta que “si la Administración debe resolver en derecho, es decir, actúa dentro del *ius dicere* no del *ius dare*, su actividad se aproxima en gran medida a la jurisdiccional”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 271 y 272. Por su parte, SENRA BIEDMA habla de la existencia de un “control administrativo de legalidad y de oportunidad”. **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, op. cit., p. 250. Y, finalmente, SANTOS FERNÁNDEZ, entiende que la “Administración pública penetra en la relación laboral subsistente entre sujetos privados y, esgrimiendo la necesidad de satisfacer el interés social general, dirime el conflicto de intereses existente, ejercitando un ‘arbitraje público obligatorio’ de claro matices jurisdiccionales”. **SANTOS FERNÁNDEZ**. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 493.

<sup>420</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El control judicial de los actos de la administración laboral: la extensión de las jurisdicciones Laboral y Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 31.

#### 4.1.2.- Capacidad valorativa de la Administración: el control de la acción administrativa.

El intento de control de la actividad de la Administración ha sido una constante en el Derecho del Trabajo español. Repárese que durante largo tiempo, lo discrecional es esencialmente, por definición, lo no contencioso. Esto es así porque se entiende que la Administración cuando actúa con autoridad, exigiendo el cumplimiento de la Ley en vista del interés general, “no puede encontrar derechos que se la opongan, porque en estos casos la ley le permite obrar libremente y no otorga a los particulares derecho alguno”. A pesar de que la Ley de 13 de septiembre 1888 (Santamaría de Paredes) distingue entre actos reglados y discrecionales, enuncia una serie de supuestos que, por su naturaleza, deben calificarse como discrecionales (y por ende, excluidos del control jurisdiccional), con independencia de la existencia de normas que fijen determinados requisitos de forma para dictarlos.

Por consiguiente, el control jurisdiccional de los actos administrativos se limita al control de la legalidad externa, a través de los vicios de forma; la parte restante, es decir, lo que la Ley llama cuestiones discrecionales por naturaleza queda excluida *ab initio* de la revisión jurisdiccional<sup>421</sup>. Planteamiento que forzará a la jurisprudencia a la utilización de la doctrina de los vicios de orden público, vinculados a la idea de incompetencia, “entendida no ya a la invasión de facultades ajenas, sino en el de abuso de los poderes atribuidos”. Como derivación de esta doctrina, y con el fin de limitar el campo de la discrecionalidad, el art. 101 de la Constitución Republicana de 1931, establece que “la Ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder”<sup>422</sup>

Posteriormente, tras la promulgación del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, 8 de febrero 1952, los actos discrecionales, entre otros, permanecerán inmunes a la fiscalización judicial. La Ley 27 de diciembre 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, trató de limitar esta exención jurisdiccional, aunque con éxito relativo<sup>423</sup>.

En el ámbito laboral, durante la vigencia del DCr'44 la doctrina y la jurisprudencia afirman unánimemente que la Administración tiene discrecionalidad tanto en la valoración de las pruebas, evaluables conforme a las “reglas de la sana crítica”, como en la declaración de la

---

<sup>421</sup> En términos similares, se expresarán los arts. 1.2º, 2 y 4 de la Ley 22 de junio de 1894.

<sup>422</sup> **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.** *La doctrina de los vicios de orden público.* Instituto de Estudios de la Administración Local, 1970, p. 74 a 88; **LUCES GIL.** *La discrecionalidad de la Administración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* REVL nº 53, 1950, p. 667; y **MARTÍN RETORTILLO.** *Algo sobre la potestad discrecional de la Administración.* RGLJ 1929 (155), p. 513 y ss. Sin embargo, el recurso contra los actos discrecionales no llegó a crearse. **LÓPEZ RODÓ.** *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español.* REVL nº 34, 1947, p. 486 y ss.

<sup>423</sup> **GARCÍA DE ENTERRÍA.** *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos.* Civitas. Madrid, 1974, p. 21 y ss.



crisis<sup>424</sup>. Incluso, en un primer momento, se excluye la posibilidad de control jurisdiccional de la decisión administrativa por constituir un acto político del gobierno, a pesar de las críticas de un sector de la doctrina<sup>425</sup>. La STS 31 de enero 1958<sup>426</sup> había declarado que la apreciación del estado de crisis en la empresa “es un acto de gobierno no sujeto en su fondo a disposiciones administrativas”, y que tal actividad “es reglada en cuanto al procedimiento, y únicamente, por tanto, en este aspecto, pero no en la decisión en sí, podría haber su revisión en vía contenciosa”. Aunque con posterioridad, la propia jurisprudencia restringe el contenido de dicho concepto, permitiendo el enjuiciamiento de las decisiones administrativas, aunque sólo a los aspectos “reglados”, sin erradicar por tanto una esfera de discrecionalidad notable. En este sentido, la STS 20 de enero 1966<sup>427</sup> sostiene que las autoridades laborales “gozan de autonomía de facultades para mejor apreciar, a su juicio, las circunstancias concurrentes, y con ellas resolver los expedientes incoados con una sana discrecionalidad administrativa, pues el tanto y el cuanto de la verdadera crisis económica de una empresa afectada, no es algo que se halle rígidamente previsto por ninguna regla de obligada observancia”<sup>428</sup>.

Asumida esta concepción, y una vez marcadas las diferencias con la arbitrariedad<sup>429</sup>, han sido múltiples los intentos doctrinales dirigidos a restringir y controlar la acción de la Administración, aunque sin excesivo éxito.

Un primer intento ha consistido en el establecimiento de controles externos a la propia decisión administrativa, defendiendo que no puede aceptarse la existencia de actos puramente discrecionales, pues el ejercicio del poder discrecional siempre tiene elementos reglados, por lo que, en todo caso, debe aludirse a *grados de discrecionalidad* o bien *distinguir subespecies de discrecionalidad*<sup>430</sup>. La doctrina ha destacado los elementos que como mínimo deben aparecer normativamente reglados en toda potestad discrecional: la existencia misma de potestad, su extensión, la competencia y el fin.

---

<sup>424</sup> **MONTOYA MELGAR**. *El expediente administrativo de crisis*, op. cit., p. 157.

<sup>425</sup> **GARCÍA DE ENTERRÍA**. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, op. cit., p. 50 y ss.

<sup>426</sup> Ar. 489.

<sup>427</sup> Ar. 512.

<sup>428</sup> En términos similares, STS 31 de mayo 1966 (Ar. 2930). *Vid.* al respecto, **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, op. cit., p. 205 y 206; y **FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**. *La posible revisión jurisdiccional de las resoluciones sobre crisis*. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970, p. 231 a 233. Panorama que persiste con la promulgación del TRET (*vid.* **OJEDA AVILÉS**. *La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España*, op. cit., p. 365 y 366) y que, pese al aparente cambio sustancial acaecido en 1994, al exigirse un “juicio de razonabilidad”, la doctrina, como se analizará, sigue estando dividida.

<sup>429</sup> Entre otros: **BAYÓN CHACÓN**. *La seguridad jurídica en el Derecho del trabajo*, op. cit., p. 728 y 729; y **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 258; **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 159 y ss.; y **GARCÍA TENA**. *Regulación de empleo. Causas y procedimiento*, op. cit., p. 97.

<sup>430</sup> **GARCÍA DE ENTERRÍA**. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, op. cit., p. 24 y ss.; **LÓPEZ RODÓ**. *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español*, op. cit., p. 493 y 494; **LUCES GIL**. *La discrecionalidad de la Administración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 671 y 672; y **SANTOS FERNÁNDEZ**. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 483 y 484.

En segundo lugar, se ha pretendido controlar la acción de la Administración mediante la restricción de su ámbito de decisión monitorizando su contenido o, de otro modo, habilitando un espacio susceptible de control jurisdiccional. El primer paso de esta construcción parte de la descomposición del contenido de la resolución administrativa en dos fases diferenciadas<sup>431</sup>. Primero, debe dilucidar si existe un desequilibrio de las prestaciones y, a continuación, valorar si la medida propuesta es la más conveniente. Mientras que en el primer estadio apenas hay espacio para la discrecionalidad<sup>432</sup>; en el segundo, en cambio, se asevera que la Administración goza de una amplia potestad discrecional (incluso, en su momento, se estimaba que se hallaba desvinculada de la medida propuesta, pudiendo proponer otras medidas alternativas<sup>433</sup>). Ahora bien, “esta discrecionalidad no viene caracterizada por la libertad de elección entre varias soluciones, *indiferentes para el Derecho*, siguiendo un criterio de oportunidad o conveniencia”, sino que se pretende encorsetar el camino a seguir por la Administración.

No obstante, como apunta SANTOS FERNÁNDEZ, con carácter previo, conviene tener en cuenta que un sector de la doctrina administrativa (PAREJO ALFONSO) sostiene que la decisión del juez no puede sustituir la decisión administrativa, por lo que su actividad se agota, en la comprobación de la legalidad o regularidad de la actuación administrativa, porque, de otro modo, se estaría sustituyendo la discrecionalidad administrativa por la judicial, lo que acabaría generando una falta de seguridad administrativa. Por lo tanto, “sólo a la Administración le ha sido asignada por el Legislador ‘un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales para la renovación continuada de la integración social’, es decir, sólo a ella se le otorga la posibilidad de decidir sobre ciertos aspectos, bajo su propia responsabilidad, y ello apareja la creación de reglas nuevas; el juez no puede sustituir a la Administración porque carece de competencia para crear normas; lo contrario infringiría el orden constitucional competencial dado que supondría la superposición de dos poderes distintos en idéntico contenido y alcance”<sup>434</sup>.

Admitido un espacio susceptible de control jurisdiccional, son múltiples las técnicas planteadas para controlar jurisdiccionalmente la decisión administrativa (algunas ya apuntadas).

---

<sup>431</sup> **ALMANSA PASTOR**. *El despido nulo*, *op. cit.*, p. 219 y 220. En términos similares, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>432</sup> “[L]a valoración queda reglada a través de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>433</sup> Opción que, pese a no estar admitida en la legalidad vigente, sigue manteniendo **NAVARRO NIETO** (*Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 231).

<sup>434</sup> **SANTOS FERNÁNDEZ**. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, *op. cit.*, p. 495.

Con este propósito se ha acudido a la teoría de los “hechos determinantes” (1.-); a la del “concepto jurídico indeterminado” (2.-) y a los “principios generales del Derecho” (3.-)<sup>435</sup>.

1.- En cuanto a la primera, conviene puntualizar – siguiendo a DEL VALLE, que cita a NIETO – que el fin de esta teoría no es controlar la discrecionalidad de la Administración, sino “saber qué es y qué no es discrecional”. Pues bien - siguiendo con DEL VALLE citando, en esta ocasión, a MANZANEDO – el “otorgamiento o denegación de una autorización ‘se resuelve en un problema de valoración fáctica’, dado que la “técnica de la autorización se basa en la constatación de que se cumplen para el caso concreto los ‘hechos’ o ‘requisitos’ necesarios que posibilitan la actividad del particular que la solicita”<sup>436</sup>. Ahora bien, como apunta NIETO, aunque puede monitorizarse “la exactitud material de los hechos básicos” así como la “corrección de la calificación jurídica” que de los mismos haga la Administración, queda fuera del control, lo que se denomina “apreciación de los hechos”, dado que la misma queda integrada dentro de un juicio de oportunidad y no de legalidad<sup>437</sup>.

2.- En cuanto a la teoría del “concepto jurídico indeterminado”, la doctrina parte de la base de que no existe propiamente discrecionalidad sino “una unidad de solución justa”<sup>438</sup>. Postura que ha sido criticada porque, aunque el Legislador utilice conceptos jurídicos indeterminados en la descripción del supuesto de hecho, no puede aceptarse que incorpore una única solución justa, sino que “el margen de excusación del cumplimiento prestacional del empleador no es reconducible en cada situación a un punto exacto, sino a una “banda” – todo lo estrecha que se quiera, pero margen al fin – de exactitud”<sup>439</sup>. No obstante, NAVARRO NIETO, sin negar la existencia de un marco normativo abierto, se opone a esta crítica, porque sostiene que la técnica de los hechos jurídicos indeterminados, “no pretende negar la actividad discrecional, sino posibilitar la coherencia del juicio valorativo con la voluntad de la norma habilitante”, lo cual, no significa que “el Legislador sea indiferente a la solución adoptada dejando a la mera conveniencia de la Administración la solución final”, sino que, “exige el sometimiento de la Administración a los criterios fijados en el art. 51.1 LET, posibilitando el control de la formación de la voluntad del órgano administrativo a través, aunque no sólo, de la técnica del concepto jurídico indeterminado”. En definitiva, la norma está habilitando un

---

<sup>435</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, op. cit., p. 30 a 49; y NIETO. *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*. RAP n° 44, 1964, p. 151 y ss.

<sup>436</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 310 a 312. En términos similares, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 162.

<sup>437</sup> NIETO. *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, op. cit., p. 151 y 152

<sup>438</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, op. cit., p. 35; y NIETO. *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*, op. cit., p. 153. En el ámbito laboral, recoge esta tesis, entre otros, CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 282 y ss; y GÁMEZ OREA. *Despidos colectivos y principio de congruencia*, op. cit., p. 192.

<sup>439</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 306 y 315.

margen de discrecionalidad cognoscitiva y no volitiva<sup>440</sup>. O, como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, a pesar de que haya una sola solución acertada, “en esta solución [hay] un margen de indeterminación y por tanto de incerteza”, por lo que “la autoridad administrativa debe responder a esta finalidad de equilibrio de intereses y tomar en cuenta unos criterios (razones empresariales ‘objetivas’, derechos y expectativas de los trabajadores) que enmarcan rigurosamente su margen de decisión”<sup>441</sup>.

3.- En cuanto al control de la actividad administrativa mediante la técnica de los principios generales del derecho, se afirma, siguiendo a FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “si la Administración no es soberana y precisa para actuar la habilitación que le otorgue el Legislador, es claro que de modo alguno va a obrar en contra del Legislador, del orden jurídico que aquél ha establecido y, por tanto, nunca en el uso de la discrecionalidad podrá justificarse la agresión administrativa a los principios generales, auténtico límite infranqueable, en la medida que atenderían contra su propio fundamento último”<sup>442</sup>.

Sin embargo, a pesar de todos estos intentos dirigidos a controlar la actuación de la Administración, la doctrina ha destacado que hasta la reforma de 1994, no se pudo evitar que se diera una “desproporcionada discrecionalidad administrativa, más que una sana discrecionalidad”<sup>443</sup>. A partir de dicha fecha, algunos comentaristas entienden superado el conflicto sobre el control de la actividad administrativa, porque se ha sustituido el control discrecional por uno de *razonabilidad*, sin que ello implique que la Administración no pueda “verificar la corrección técnico-productiva de las decisiones empresariales”<sup>444</sup>. En esta línea, se defiende la naturaleza reglada de la intervención, llegándose a sostener que la responsabilidad administrativa es la de simple constatación. Por ejemplo, CASAS BAAMONDE sostiene que la discrecionalidad “se ha eliminado”, convirtiéndose en un poder reglado (a través de un “procedimiento de verificación” reglado)<sup>445</sup>. Y MERCADER UGUINA apunta que es “indudable el estrechísimo margen de decisión que queda” a la Administración<sup>446</sup>. Lo que sucede, se afirma,

---

<sup>440</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 227 y 228.

<sup>441</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 47. Vid. también, SANTOS FERNÁNDEZ. *Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad*, op. cit., p. 484 y ss. Expresivamente, DESDENTADO BONETE asevera que en los conceptos jurídicos indeterminados “no hay libertad de elección entre alternativas, sino necesidad de precisar un enunciado abierto que se mueve entre dos zonas de claridad – la negativa y la positiva – y una zona de incertidumbre” DESDENTADO BONETE. *Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor*, op. cit., p. 1001.

<sup>442</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 162.

<sup>443</sup> SERRANO CARVAJAL. *El despido de colectivos mayores: procedimiento y efectos*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 221.

<sup>444</sup> GOERLICH PESET. *El despido colectivo*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDESA, 1994, p. 167 a 169; y *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 79 y ss.

<sup>445</sup> CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 30; y *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 46, 47 y 51; también RODRÍGUEZ RAMOS. *Procedimiento (arts. 51, apartados 2 a 9, 13 y 14 ET)*, op. cit., p. 521.

<sup>446</sup> MERCADER UGUINA y TOLOSA TRIBIÑO. *Derecho Administrativo Laboral*, op. cit., p. 490. En términos similares, SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos*. Lex Nova. Valladolid, 2002, p. 286 y ss.

es que se produce una confusión entre la discrecionalidad y el principio de libre valoración de la prueba, que tiene reconocido la Administración para evaluar la documentación aportada<sup>447</sup>.

Recientemente - como recoge RODRÍGUEZ RAMOS -, la STS [C-A] 23 de junio 2003<sup>448</sup> se ha manifestado abiertamente por la naturaleza reglada de la intervención administrativa: “ha de concluirse, en cuanto a la naturaleza de los expedientes de regulación de empleo, que se trata de un mecanismo de control causal atribuido a la Administración, sin perjuicio de la eventual revisión jurisdiccional, de naturaleza reglada encaminado a evidenciar si realmente concurre o no alguna causa legal a la que se supedita la procedencia del despido colectivo, sin que la Administración pueda arbitrar en conflictos suscitados en el seno de la empresa, al margen de la constatación de dicha causa legal, o hacer cumplir eventuales obligaciones asumidas en virtud de acuerdos o pactos entre la empresa y los trabajadores. O, dicho en otros términos, las obligaciones derivadas de dichos acuerdos pueden hacerse cumplir por los cauces legales correspondientes, y su incumplimiento generar la oportuna responsabilidad, pero no pueden servir de base para denegar la autorización prevista en el artículo 51 ET y Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, si se aprecia la concurrencia de una causa legal a la que se anuda la procedencia de la regulación de empleo”<sup>449</sup>.

De todos modos, a pesar de los cambios introducidos en 1994, la cuestión sigue sin ser pacífica y la división doctrinal permanece, pues, algunos autores – con mejor doctrina, a nuestro entender - consideran que la Administración sigue ostentando un margen de discrecionalidad nada desdeñable<sup>450</sup>. En esta línea, entendemos, se mueven MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS cuando - previa distinción entre la *discrecionalidad cognitiva* y la *discrecionalidad volitiva de apreciación* o *criterio libre* (LARENZ) -, afirman (en una extensa cita) – siguiendo a

---

<sup>447</sup> GÁMEZ OREA. *Despidos colectivos y principio de congruencia*, op. cit., p. 191, 194 y 195

<sup>448</sup> Ar. 5785.

<sup>449</sup> Finalmente, destacar dos supuestos específicos. En los casos de suspensión o de extinción colectiva por causas de empresa, en los que el período de consultas haya finalizado con un acuerdo, la doctrina mayoritaria es partidaria de aceptar que la intervención de la Administración es reglada. Vid. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 449 y 450. Por otra parte, en relación a la autorización administrativa en supuestos de imposibilidad objetiva sobrevenida, la utilización del término “constatación”, ex ET’80, llevará a la doctrina a descartar la existencia de discrecionalidad alguna, hablándose de una actividad de la Administración reglada encuadrable dentro de los *acuerdos declarativos*, consistente en la “simple verificación” o “mera comprobación”, esto es, en “aclarar el margen de oscuridad que existe en todo suceso de esta naturaleza, precisando si el acaecimiento imposibilita la prestación de trabajo temporal o definitivamente”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 164; y ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 148 a 151. De todos modos, como denuncia GARCÍA FERNÁNDEZ, a pesar de la limitación de la discrecionalidad, en la Ley, “las Autoridades Laborales administran estos expedientes con la misma discrecionalidad que los ERES”. GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 120. MONTOYA MELGAR asevera (vigente el ET’80) que “los procedimientos de extinción por fuerza mayor y por causas económicas y tecnológicas no permiten ninguna distinción fundada y seria entre la actividad que la Administración desarrolla en uno y otro tipo de expedientes, que sin duda corresponde, en ambos, a la figura jurídica de la autorización”. MONTOYA MELGAR. *Problemas de legalidad en el desarrollo reglamentario del ET en materia de regulación de empleo*. En “Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo” (ed. Durán López). Publicaciones del Monte de Piedad y Cajas de Ahorros de Córdoba. Córdoba, 1983, p. 184.

<sup>450</sup> DIÉGUEZ CUERVO. *Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo*, op. cit., p. 270 y 271.

GARCÍA-TREVIJANO FOS - que “si por actos de contenido discrecional convenimos aceptar la definición que los concibe como aquéllos en que ‘el contenido necesario está imprecisamente fijado en la norma, la cual utiliza conceptos indeterminados cuya unidad de medida debe ser prefabricada por la propia Administración a través de actos no normativos’, sería lógico plantearse la existencia de un cierto margen de discrecionalidad – o, con más rigor, de *apreciación* – en la actuación administrativa que tratamos”. Por este motivo, se trata de “una *normatividad necesitada de complementación valorativa* en relación a datos o elementos fácticos de índole meta-jurídicos. La indeterminación del concepto (...) llama a una discrecionalidad que implica una concreción y ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, en los cuales la Administración se introduce y da relevancia a aquel que – según el marco normativo – debe prevalecer en el caso concreto sobre la base de los puntos de vista valorativos en confrontación (sobre una argumentación dialéctica) aportados por los *standards* a los que remite el sistema legal. No se trata de fijar unos fines, pues esa función se ha practicado por la propia regulación legal, pero la Administración tiene que elegir determinados caminos (instrumentos interpretativos o criterios abstractamente apuntados por la Ley) para poder llegar a esos fines. No se trata, por tanto, una ponderación de intereses absolutamente libre derivada de la indeterminación de la norma, pues la misma preestablece una clara vinculación del aplicador a los objetivos e intereses para los que está predispuesta. La norma fija imprecisamente el interés, y de aquí que en la elección de este medio exista un margen de discrecionalidad”<sup>451</sup>.

Lo cierto es que en tanto que el órgano administrativo no sólo está llamado a analizar, en primer lugar, si los ceses propuestos guardan relación con el desequilibrio aducido y si han quedado debidamente acreditados, sino que además, en segundo lugar, debe evaluar la objetividad de la medida propuesta, esto es, la idoneidad del remedio a través del juicio de razonabilidad<sup>452</sup>, se desprende que, mientras que para la primera cuestión es exigible una rigurosa y estricta actividad probatoria, para la segunda, se trata de una mera tarea prospectiva, cuya prueba resulta imposible. En definitiva, al atribuirse al juzgador administrativo la tarea de resolver una cuestión de contornos claramente extrajudiciales o extrajurídicos, y sí, en cambio, de intereses, se desprende claramente que en la naturaleza de su intervención *no puede descartarse absolutamente* que desempeñe una función arbitral, conforme a una *cierta* discrecionalidad.

Repárese que lo que se está resolviendo es una resolución por excesiva onerosidad, que admite diversos estadios de intensidad, y en la que la predisposición del deudor es fundamental. Además, resulta sumamente complejo describir un espacio de resolución estrictamente jurídico,

---

<sup>451</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 268 y 269; vid. también, **MONEREO PÉREZ**. *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, op. cit., p. 136 y 140.

<sup>452</sup> *Vid* al respecto *infra*.

cuando la mera existencia de una fase previa de consultas es exponente evidente de la existencia de un conflicto de intereses<sup>453</sup>. De hecho, en la fase de consultas que precede a la intervención administrativa se dilucida una cuestión que, en palabras de DEL REY GUANTER<sup>454</sup>, responde a una “conexión e interrelación de intereses individuales globalizados en intereses colectivos”, de tal modo que “es necesario realizar entre empresario y representación de los trabajadores una integración de intereses en los planos colectivos e individuales”<sup>455</sup>.

Pero, incluso, en los supuestos de que el período de consultas finalice con un acuerdo, siguiendo el parecer de MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, “argüir el carácter reglado estricto de la intervención administrativa” no es una “solución exenta de plantear aporéticas insuficiencias por el contenido ‘fuerte’ del acto administrativo autorizante”<sup>456</sup>. Por ello, cabe entender que el Legislador ha establecido “un cierto ‘plus’ en el control público de este tipo de acuerdos, lo cierto es que sin llegar a cuestionar la oportunidad del contenido del mismo, sí que podría realizar un control mínimo del elemento causal del *despido* pues el mismo constituye presupuesto legal que prefigura y habilita el *despido*. La indeterminada configuración de tal elemento conceptual del *despido* colectivo mismo sería el cauce que abriría una cierta apreciación

---

<sup>453</sup> VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 312.

<sup>454</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 203.

<sup>455</sup> Para NAVARRO NIETO y SAÉZ LARA, la “discrecionalidad es inherente al papel institucional que se reconoce a la Administración en esta materia, esto es, la función arbitral a la que resulta funcional el marco jurídico de intervención administrativa. Esta función arbitral no se diluye en una mera comprobación de la objetividad de las necesidades empresariales y de la adecuación de las medidas propuestas orientadas a excluir una gestión empresarial arbitraria”. NAVARRO NIETO y SAÉZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, op. cit., p. 238. LUQUE PARRA, por su parte, tras descartar que se pueda sostener la naturaleza reglada de la autorización administrativa, y marcando claramente las diferencias con la arbitrariedad, sostiene que “la normativa aplicable sólo fija las condiciones generales de la intervención administrativa remitiendo la determinación concreta de su actuación a su propia apreciación subjetiva”; lo cual no obsta que la decisión deba estar “formalmente motivada y sustancialmente justificada objetivamente”. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 452 y 453. *Vid.* también, PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos*, op. cit., p. 242; y SANTOS FERNÁNDEZ, op. cit., p. 492; GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 114; y SALA FRANCO. *La reforma del mercado de trabajo*. CISS. Valencia, 1994, p. 220.

Otros autores han optado por una postura ecléctica, admitiendo un cierto nivel de discrecionalidad pero delimitado o “recortado”. DEL REY GUANTER habla de “cierta discrecionalidad” dado que, sin que la Ley se la niegue, sí que trata de limitarla exigiendo una motivación y un juicio de razonabilidad. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 206 y ss. En esta línea, DEL VALLE VILLAR, aboga por que la Administración ostenta un “cierto grado de discrecionalidad”, sin que sea óbice que se pueda delimitar hasta dónde llegan sus poderes. DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 304. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA (sobre la base de las SSTs [C-A] 23 de mayo 1979, RJ 2572; y 14 de octubre 1980, RJ 3750) sostiene que la Administración “no goza de discrecionalidad alguna en la determinación de los hechos determinantes de su decisión pero, por el contrario, goza de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de la racionalidad de las medidas”. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA. *La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial*. RMTAS nº 38, 2002, p. 300. VALDÉS DAL-RE sostiene que “la Ley 11/1994 [ha] transformado la decisión administrativa de acto discrecional en acto reglado” y que la redacción del art. 51.6 TRET “viene a confirmar, por lo pronto y de manera indirecta, el carácter discrecional del acto autorizatorio”. VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 425.

<sup>456</sup> Concretamente, siguiendo con la argumentación de los citados autores, si así se entendiera “supondría la limitación de la intervención a la constatación de la concurrencia de presupuestos legales habilitantes para la extinción, incluyendo entre tales solamente los estrictamente procedimentales y de forma”; pero, en tal caso, no tendría excesivo sentido habilitar a la Administración para que controlara estos parámetros cuando ya existen mecanismos para ello; y difícilmente podría explicarse la posibilidad de declarar la improcedencia del expediente ex art. 13 RPRE<sup>96</sup> (p. 280).

discrecional de la Autoridad Laboral, máxime teniendo presente que su intervención se justifica en la salvaguarda de fines de interés general”<sup>457</sup>. Por consiguiente, como se ha avanzado, debe entenderse que, tras el período de consultas, pese a la existencia de un acuerdo, la Autoridad Laboral está facultada para valorar la concurrencia del desequilibrio alegado y, en esa tarea, puede identificarse un margen de apreciación discrecional, esto es, un cierto poder de decisión<sup>458</sup>. Siguiendo los planteamientos de MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS (aunque centrados en la actuación administrativa en caso de acuerdo, pero a nuestro entender perfectamente trasladables a este supuesto), pese a las limitaciones legales y reglamentarias, no puede negarse la existencia de “un margen de discrecionalidad interpretativa jurídico-valorativa, pues los propios procesos interpretativos necesarios para aplicar la norma legal requieren necesariamente ponderaciones valorativas”<sup>459</sup>.

A pesar de todo ello, la autoridad administrativa, alcanzado un acuerdo en el período de consultas, acostumbra a autorizar la medida propuesta casi automáticamente, sin entrar a monitorizar si efectivamente concurre el desequilibrio alegado por el empresario<sup>460</sup>. Conducta que merece un cierto reproche especialmente si se tiene en cuenta que su intervención no sólo atiende a un conflicto *inter privados*, sino que también concurre un interés público nada desdeñable.

Para concluir, el reconocimiento de un margen de discrecionalidad en la actuación de la Autoridad Laboral, tanto si el período de consultas finaliza con o sin acuerdo, es una derivación de un marco normativo abierto, sin que puedan identificarse “criterios indubitados de

---

<sup>457</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 280 y 281 [la cursiva es nuestra]. En términos similares, FUENTES RODRÍGUEZ. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 180. Un análisis de la intervención administrativa de oficio, en los supuestos que se identifiquen acuerdos obtenidos en base a dolo, coacción o abuso de derecho, CABEZA PEREIRO. *El proceso de oficio como instrumento de control de las modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales de los arts. 41, 47 y 51 ET*. RL 1994 - I, p. 492 y ss. (especialmente, 499 a 503). Lo que lleva a MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, a admitir, en estos supuestos, la existencia de autorizaciones vinculadas o regladas, en las que el espacio decisorio es tan sumamente estrecho que ‘pasan a formar parte de los actos de comprobación’. Pero, a pesar de que la autoridad laboral no pueda realizar valoración alguna y, por ende, no tenga un margen de apreciación o discrecionalidad, no puede descartarse absolutamente la posibilidad de enjuiciamiento causal (entienden mínimo) del acuerdo, porque pueden remitir a la jurisdicción laboral si se observara en lo acordado un fraude con el objeto de percibir indebidamente las prestaciones por desempleo. En definitiva, ello determina la no eliminación de todo control ‘sustantivo’ (MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, op. cit., p. 180). Para GARCÍA FERNÁNDEZ, en cambio, pese a admitir que la Administración puede evaluar si concurren o no las causas, en realidad, afirma, no autoriza nada, porque, en estos supuestos, “u actuación está cuidadosamente reglada porque lo único que les cabe es impugnar el acuerdo, ante los órganos de la jurisdicción social”. GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 118.

<sup>458</sup> Por ejemplo, en la STSJ Cataluña 12 de diciembre 2002 (AS 2003\265), la Autoridad Laboral, siguiendo el criterio contenido en el informe de la Inspección de Trabajo, que sostiene la inexistencia del desequilibrio alegado, acaba impugnado el acuerdo, solicitando a través del procedimiento de oficio su nulidad. En términos similares, SSTSJ Cantabria 22 de junio 2000 (AS 2454); y Cataluña 7 de septiembre 1998 (AS 3638); y Canarias (Tenerife) 12 de enero 1999 (AS 472) – aunque relativa a un supuesto suspensivo por causas de empresa.

<sup>459</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 283.

<sup>460</sup> Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, conviene tener en cuenta que según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, REG -2., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), del total de expedientes de regulación de empleo presentados en el año 2007 - extinción, suspensión y reducción – (3.794), 3.163 fueron pactados.



valoración que necesariamente conduzcan a una solución justa”. Lo que, no obstante, no debe interpretarse como que el “Legislador sea indiferente a la solución adoptada dejando a la mera conveniencia de la Administración la solución final”<sup>461</sup>.

#### **4.2.- La intervención judicial previa.**

La intervención judicial previa, a diferencia de la intervención administrativa, no ha sido un mecanismo de protección del empleo excesivamente utilizado por el Legislador. Como se sabe, se preveía para los despidos, siempre que las Reglamentaciones de trabajo así lo especificaran, quedando definitivamente derogado con la promulgación del D’56<sup>462</sup>.

Sin embargo, este mecanismo de protección del empleo ha sido empleado recientemente para resolver determinadas vicisitudes contractuales en el concurso. En concreto, la posibilidad de modificar, suspender o resolver los contratos de trabajo durante el concurso está supeditada a la previa autorización del Juez del concurso (art. 64 LC). La promulgación de la LC (pese a no estar pensada para preservar prioritariamente la continuidad de los contratos de trabajo, sino para proteger los intereses de los acreedores<sup>463</sup>) implica un punto de inflexión en la evolución del ordenamiento jurídico español al respecto, pues, durante las últimas décadas se ha mostrado reacio a emplear este sistema de evaluación y de decisión del nivel de riesgo socialmente más adecuado. En definitiva, con esta medida se está atribuyendo una facultad decisoria a un tercero, en perjuicio de los intereses de los afectados, porque se estima que está en mejor posición para averiguar cuál es la solución más adecuada, atendiendo a todos los intereses concurrentes. Cambio de tendencia que, como se expondrá en el epígrafe que sigue, debe evaluarse en términos positivos.

Sin embargo, uno de los mayores conflictos que suscita este sistema está vinculado a las características del órgano que debe resolver y, más concretamente, a las funciones que le son propias. En este sentido, parece claro que el cometido asignado al Juez del concurso excede de su función jurisdiccional. Lo que debe interpretarse como una devaluación de la legitimidad de su intervención en base a que es el sujeto que ostenta un mejor posicionamiento para decidir lo más adecuado<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 227.

<sup>462</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

<sup>463</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.4 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>464</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.4 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

### **4.3.- La idoneidad de la autorización previa como mecanismo de prevención del desempleo.**

La discusión relativa al mantenimiento o supresión de la autorización administrativa *previa* ha centrado (y probablemente centrará) un gran interés desde un punto de vista jurídico, económico y político. Conflicto que, en la actualidad, parece claramente decantado hacia la atribución de un papel preponderante al mercado, en perjuicio del intervencionismo. Desde el instante que *se ha asociado* la idea de *eficiencia* a la de supresión de la intervención pública, son múltiples las voces que claman por una menor incisión de lo público sobre lo privado, pues, su mantenimiento – se afirma - constituye un lastre para el desarrollo económico; hasta el punto que, al dificultar la competitividad de las empresas españolas, repercute negativamente en la creación y el mantenimiento del empleo<sup>465</sup>. Sin embargo, al respecto, como se ha apuntado en otro lugar, no puede afirmarse sin más que el debilitamiento o supresión del papel del Estado en la regulación de las relaciones de trabajo y, concretamente, en la gestión de la estabilidad en el empleo, sea sinónimo de mayor eficiencia. Existiendo, como se apuntará, suficientes y poderosos argumentos para rebatir este planteamiento desde un punto de vista conceptual<sup>466</sup>; o, desde otra perspectiva, es posible afirmar que frente a determinados riesgos la acción individual no es capaz de garantizar soluciones eficientes, sino que *éstas sólo pueden alcanzarse mediante la intervención colectiva o pública*<sup>467</sup>. Debiéndose abrir la discusión relativa a la recuperación de espacio de actuación de estos mecanismos de decisión. Y, la legislación concursal parece evidenciar esta lógica. Sin voluntad de evaluar, por el momento, las virtudes o defectos de lo individual y lo colectivo, lo cierto es que conviene dejar claro un aspecto: el mercado, como método de decisión frente a un determinado riesgo no puede identificarse monopolísticamente con la eficiencia. O, dicho de otro modo, no parece que el camino para mejorar el mercado de

---

<sup>465</sup> Objeción manifestada, por ejemplo, por la CEOE – como recoge ARGÜELLES BLANCO - en un documento difundido en 1985 con ocasión de la firma por España del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea el 12 de junio de dicho año. ARGÜELLES BLANCO. *Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español, op. cit.*, p. 48.

<sup>466</sup> Lo que no debe entenderse como que el papel de la autonomía individual (o del mercado) sea negativo *per se*, sino que es preciso reducir su ámbito de aplicación a sus justos términos, asignándole el espacio que le corresponde según el contexto jurídico-social en el que opera. Planteamiento que debe ir precedido de una labor de delimitación de lo que debe entenderse por *eficiencia* de la norma jurídica (*vid.* segunda parte de este estudio).

<sup>467</sup> Por lo tanto, la discusión relativa al papel asignado a la Administración en las reestructuraciones de plantilla no puede leerse en términos de “eficiencia económica *versus* protección social” (MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.*, p. 258), dado que la intervención colectiva puede erigirse en la medida *más eficiente* a nuestro alcance para evaluar la intensidad de un determinado riesgo, dado que su participación posibilita la búsqueda de soluciones más convenientes desde la perspectiva del interés general. Por otra parte, no debe confundirse la flexibilidad con la desregulación, pues, “la flexibilidad no coincide con la desregulación, ni tampoco la rigidez se puede medir en función del número y complejidad de las normas laborales. Antes bien, el juicio de flexibilidad es un juicio cualitativo muy relacionado con los efectos y la efectividad de las leyes. De ahí que constituya un planteamiento simplista y erróneo estimar factor fundamental que influye en el grado de rigidez/flexibilidad la existencia o no de una normativa legal que incida sobre el mercado de trabajo”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Flexibilidad, juridificación y desregulación, op. cit.*, p. 30.

trabajo deba pasar necesariamente por la supresión de la intervención previa, sino por mejorar su funcionamiento.

Pese a requerir una exposición más detallada, a la que nos remitimos a la *Segunda Parte* de este estudio, a partir de esta afirmación se constata, en primer lugar, que el individualismo metodológico y el papel que puede jugar el individuo y el mercado en la evaluación de ciertos riesgos ha sido mal interpretado. En segundo lugar, y a la luz de lo anterior, es necesario replantear ciertos elementos de la política de protección del empleo española en lo que a estas causas resolutorias se refiere. Y, finalmente, que el (falso) aló de objetividad, cientificismo y universalidad que acompaña a los posicionamientos individualistas que defienden el papel preponderante del mercado, no puede mantenerse por más tiempo como válidas en la lógica jurídico-laboral (como ya se ha hecho en la propia ciencia económica), debiéndose reubicar la discusión en el terreno de las *opciones políticas*. Lo que, a su vez, muestra su naturaleza falible y, sobre todo, contingente (y por tanto, el carácter *acientífico* de lo económico)<sup>468</sup>.

Sin embargo, es precisamente sobre la base de un postulado esencialmente individualista que, con el fin de alcanzar una mayor flexibilidad, se ha producido un paulatino distanciamiento del papel de la heteronomía pública en la gestión de las reestructuraciones de empresa. Fruto de esta evolución se ha producido una traslación progresiva del centro de decisión de las reestructuraciones de plantilla a la propia organización productiva. Proceso que ha significado, sobre todo, un fortalecimiento del papel de la autonomía privada: ampliando las facultades del empresario (en perjuicio de la intervención autorizadora administrativa); y, en los supuestos en los que está prevista la intervención administrativa, fomentando las soluciones paccionadas entre los interesados (autotutela colectiva). Si bien es cierto que la intervención administrativa sigue jugando un papel principal en determinadas circunstancias, pues, no es meramente burocrática, sino decisoria, lo cierto es que su papel se ha reducido considerablemente<sup>469</sup>.

Recorrido que, en definitiva, muestra cómo el Legislador ha reconocido su incapacidad y la de la Administración para operar conforme a un criterio de proximidad. Circunstancia que, por otra parte, pone de manifiesto que el discurso de la flexibilidad es una cuestión vinculada al poder; dado que cuantos menos controles (o intervención) más libertad de actuación<sup>470</sup>. Aunque no puede afirmarse que este proceso de reestructuración de poder, operado con la

---

<sup>468</sup> Por otra parte, el intento de “presentar en términos de contraposición antinómica el sistema de autorización administrativa con la libertad de empresa”, es sin duda un “falso debate”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 258 y 259.

<sup>469</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 254 y 255. Autores que entienden que este modelo previsto en el TRET alcanza una solución equilibrada, pues, el incremento de la autotutela colectiva y el retroceso de la intervención pública, que queda en un plano residual, garantiza un cierto equilibrio entre los poderes negociadores, especialmente en un país en el que la implantación sindical es escasa (p. 260).

<sup>470</sup> **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Control administrativo en el cumplimiento de las normas legales y pactadas*. RMTAS nº 3, 1997, p. 272.

reforma de 1994, haya alcanzado una paridad de fuerzas entre los contendientes. A pesar de que se haya tratado de fortalecer el papel de la autonomía colectiva, para contrarrestar la retirada del papel del Estado, el balance resultante es muy favorable para el interés empresarial.

### **III.- Recapitulación.**

La dispersión normativa de las instituciones que promueven el *favor negotii* dificulta su comprensión y, sobre todo, cualquier intento de *cuantificación* de la intensidad con la que se persigue la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español. Motivos por los que el intento de reducir a una unidad sistemática las diversas hipótesis pensables de promoción de la estabilidad en el empleo resulta especialmente propicio.

El fin perseguido en este epígrafe que ahora concluimos ha consistido, precisamente, en proponer una categorización de las instituciones positivizadas que promueven la estabilidad en el empleo en base a tres parámetros y en paralelo justificar su idoneidad. Fruto de este análisis entendemos que esta sistematización puede articularse sobre la base de los siguientes vectores: primero, la conceptualización jurídica (fundamentación dogmática) del *impacto* del hecho sobrevenido sobre la vigencia del contrato; segundo, el *instrumento* que permite la *alteración de lo pactado*, con el fin de superar el desequilibrio contractual motivado por el hecho sobrevenido; y, tercero, un factor subjetivo (si es “referenciable” al trabajador o al empresario).

- En lo que a la fundamentación dogmática se refiere, hemos identificado cinco categorías: incumplimiento contractual imputable, excesiva onerosidad, imposibilidad objetiva, disposición imperativa heterónoma y libertad de empresa, *ex art. 38 CE*.

De las cinco, la excesiva onerosidad y la libertad de empresa son las que plantean mayores discusiones doctrinales. A nuestro entender, esta última sólo es predicable respecto de los supuestos de extinción del contrato por cese de actividad de la organización productiva, como una derivación del contenido esencial del art. 38 CE, pues, junto a la libertad de iniciar una actividad y la libertad de organización, debe sumarse la posibilidad de abandono.

En cambio, la excesiva onerosidad hace referencia a un defecto funcional de la causa del contrato, derivado por un desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones *previstas* (no evaluado en términos monetarios, sino de utilidad), que provoca un exceso del *alea* normal previsto. Se trata de un planteamiento consustancialmente vinculado a la estabilidad en el empleo y al art. 35 CE, aglutinador de las facultades de alteración contractual de ambos contratantes. El hecho de que el trabajador tenga reconocida un haz de facultades de alteración contractual conceptualmente idénticas a las reconocidas al empresario, impiden que pueda mantenerse que la validez de la tesis que sostiene que el fundamento de las facultades del empresario radica en la libertad de empresa. Por tanto, podemos afirmar que, frente a otras tesis propuestas por la doctrina, la alteración de lo pactado por “causas de empresa” responde a una excesiva onerosidad sobrevenida, opera conforme a postulados dogmáticos contractualistas, centrándose, consiguientemente, en la crisis del contrato; sin que ello impida

que pueda adaptarse a lecturas fisiológicas de la situación de la empresa. La aceptación de la tesis de la excesiva onerosidad requiere tener en cuenta tres coordenadas conceptuales: en primer lugar, que la existencia del propio contrato de trabajo no puede comprenderse aisladamente, sino sobre la base de la *situación organizativa de la empresa*, sin que esto implique que deje de ser un contrato de cambio. En segundo lugar, que resulta más bien difícil afirmar que la prestación del trabajador es sólo de *medios* y en ningún caso de *resultados*. Y, en tercer lugar, es importante resaltar el papel de la “empresa” en la dinámica de la salvaguarda de la continuidad del negocio jurídico, como institución nuclear a quien se confía la estabilidad en el empleo. Desde esta perspectiva, la continuidad de la actividad de la organización productiva se convierte en un objetivo jurídico-político de primer orden, integrándose en la conceptualización y exégesis del principio de estabilidad, en tanto que, con ella, queda garantizada la de los contratos de trabajo. Pudiéndose identificar un interés común a ambos contratantes. Por ello, afirmamos que la “empresa” adquiere una función jurídico-pública que imposibilita que pueda identificarse exclusivamente con el interés individual de su propietario, pues, se le adjudica la función de satisfacer un interés público: la protección del empleo. Del mismo modo, la razón organizativa pasa a integrarse en la propia concepción de la causa del contrato de trabajo. Esquema que confirma que las categorías conceptuales del derecho de las obligaciones y los contratos y, particularmente, la excesiva onerosidad encajan a la perfección. Y, éste es un planteamiento que permanece invariable desde la promulgación de la LCT<sup>31</sup> y la LJM<sup>31</sup> hasta nuestros días. Lo que no quiere decir que se haya mostrado como una constante invariable a largo de las décadas posteriores; sino que, manteniéndose este planteamiento, los cambios han girado alrededor del *modo* de garantizar su continuidad. Dilema que hoy en día, se identifica con la *competitividad*, lo que lleva a una organización de la actividad productiva cada vez más flexible, de atención inmediata a los requerimientos del mercado. Por otra parte, es importante recordar que la *competitividad* es un concepto de naturaleza económica, que promueve unos parámetros de conducta siempre optimizables (y, por ende, con un “apetito insaciable”).

- En cuanto a los *instrumentos* para posibilitar la continuidad, hemos identificado cuatro: la sobrevenida ‘*modificación*’ de lo pactado (entendida – recuérdese - en términos amplios); la *excepcionalidad* del juego resolutorio con carácter temporal (suspensión); acotación de la ineficacia contractual; y la previsión de un control previo a la ejecución de todos o alguno de estos instrumentos (corporativo/administrativo o jurisdiccional).

La “modificación” es un instrumento de promoción de la estabilidad esencial, por cuanto que, al posibilitar la adaptación del contrato a los sucesivos cambios, tiene una proyección de futuro. De todos modos, a pesar de que la “maleabilidad” es, en principio, un factor positivo en términos de conservación del contrato, conviene tener muy presente que existen ciertos límites infranqueables. En definitiva, la exigencia de una justificación, es el

barómetro que determina la “maleabilidad” aceptada socialmente. Las recientes reformas legislativas, dirigidas a incrementar las facultades de alteración del trabajador, suponen un cierto equilibrio de fuerzas en el contrato de trabajo, un fortalecimiento del papel de la organización productiva en la preservación del empleo y corrobora el carácter bilateral o recíproco de la flexibilidad.

La suspensión puede conceptualizarse como un supuesto de excepción temporal del juego resolutorio, delimitable respecto de la excedencia y del permiso (a pesar del escaso rigor jurídico-positivo) a partir de los efectos jurídicos (aunque la doctrina no es pacífica respecto de ninguno de estos aspectos). La vinculación de este *instrumento* con la preservación del contrato de trabajo está fuera de toda duda, pues, retiene el efecto extintivo del hecho sobrevenido y reconoce el derecho del trabajador a la reserva de su puesto de trabajo. De todos modos, conviene advertir que, al igual que en la “modificación”, en ocasiones, la conservación del empleo opera como un medio para la consecución de otros objetivos perseguidos socialmente.

La restricción de los supuestos de ineficacia contractual, reduciendo el ámbito de aplicación del desistimiento y restringiendo los motivos resolutorios, y la configuración de un sistema de responsabilidad se erigen en los verdaderos indicadores de la protección del empleo en un ordenamiento jurídico dado. De todos modos, ante las limitaciones estructurales de la dogmática jurídica para evaluar la incidencia de las normas sobre el comportamiento de los individuos y determinar si la norma se adecua a los objetivos propuestos, se desvela la idoneidad del método analítico de la economía para averiguar estos aspectos. Circunstancia que justifica la *Segunda Parte* de este estudio.

La intervención previa (hoy, administrativa o judicial) es un excelente mecanismo para decidir el nivel de riesgo que una sociedad está dispuesta a asumir de larga tradición en el ordenamiento jurídico español, a pesar de las voces que lo califican como un lastre para el desarrollo económico (la reciente LC rebate esta objeción); especialmente adecuado en conflictos en los que concurren una multitud de intereses heterogéneos y se evidencia las limitaciones de los individuos directamente afectados para decidir la opción más idónea. En definitiva, frente a la ofensiva anti-intervencionista que ha predominado y dictado las recientes reformas de la legislación laboral, no sólo defendemos su mantenimiento, sino que abogamos por la recuperación de ciertos espacios de actuación (imperativamente condicionada a la mejora de sus cauces procedimentales, especialmente, los jurisdiccionales). En lo concerniente a la intervención administrativa, podemos afirmar que opera conforme a planteamientos, en esencia, discrecionales, delimitando una función arbitral o cuasi-arbitral. En lo que respecta a la intervención judicial, para las crisis concursales, parece evidente que la tarea encomendada al Juez del concurso excede de la función estrictamente jurisdiccional.

Así pues, en virtud de todo lo expuesto (es decir, tomando como referencia este “esqueleto sistémico”), podemos afirmar que estamos en disposición de proceder al análisis de los elementos “conservativos” presentes en las normas jurídico-positivas, a fin de evaluar la intensidad con la que se promueve la estabilidad. La investigación desarrollada en el *Apartado B* y el *Apartado C* (de este *Capítulo IV*) que siguen se centrará monopolísticamente a esta cuestión.



***B.- Análisis sistematizado de las manifestaciones positivizadas de la estabilidad en el empleo en el régimen jurídico actual.***

Hecha la exposición de las categorías dogmáticas así como de las diversas categorías de *instrumentos* para “sobreponerse” al desequilibrio contractual provocado por un hecho sobrevenido, se está en condiciones de exponer los diversos factores de cada una de las instituciones que participan activamente en la consecución de la estabilidad en el empleo, *tratando* de reducir a unidad sistemática las diversas hipótesis jurídico-positivas que promueven este objetivo. Para ello, se tomará como hilo conductor, las (tres) categorías de *instrumentos* pertenecientes o derivados de la Teoría General de las Obligaciones y de los Contratos (sin olvidar el papel que la autorización previa juega en alguno de los institutos jurídico-positivos).

Recordando, en paralelo, que, dada su especial relevancia en la configuración de la estabilidad en el empleo (y su interpretación desde la perspectiva del aparato analítico de la economía), se efectuará un pormenorizado análisis de los supuestos de ineficacia por resolución separadamente<sup>471</sup>.

Antes de proceder a este análisis, siguiendo un planteamiento clásico del Derecho del Trabajo<sup>472</sup>, nos gustaría a grandes rasgos hacer una distinción entre lo que la doctrina laboral califica como “movilidad interna” y “movilidad externa”. Teniendo en cuenta que, desde nuestro punto de vista, la movilidad interna integra la “modificación” en sentido amplio y la suspensión de la relación de trabajo. Pues bien, sintéticamente, la idea que subyace en esta distinción es que, partiendo de la base de que el sistema de resolución causal dota a la movilidad externa de un cierto grado de rigidez, la movilidad interna se ofrece como una alternativa a la movilidad externa. En definitiva, puede afirmarse que existe una dialéctica entre ambas, especialmente, porque al Legislador – hasta cierto punto – le va a interesar mantener la continuidad de la relación de trabajo a costa del cumplimiento de lo inicialmente acordado<sup>473</sup>.

Para ilustrar, cada movilidad describe una órbita alrededor del contrato de trabajo o de su objeto. Y cada una dibuja un área en la que los contratantes pueden desenvolverse. Mientras que la movilidad interna delimita las facultades de las partes para seguir unidos, pese a la ruptura de lo pactado, la movilidad externa fija el momento a partir del cual el Derecho estima que no vale la pena seguir luchando para mantener el empleo. La cuestión que debe resolver el Legislador, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, es, primero, la dimensión que

---

<sup>471</sup> Apartado C de este mismo Capítulo IV.

<sup>472</sup> *Vid.* al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, *op. cit.*, p. 7 y ss.

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, *op. cit.*, p. 11 y 12.

debe tener cada una de estas áreas; y, por otro lado, si el uso de la movilidad interna es condición necesaria para el ejercicio de la movilidad externa.

El análisis que sigue en los Epígrafes I y II (*Apartado B*) y en el posterior *Apartado C* tratará de dar respuesta a estas cuestiones.

### ***I.- Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la ‘modificación’ de lo pactado.***

Sin duda, la “modificación” del contrato es un sistema para garantizar la continuidad del contrato, pues, posibilita su adaptación a los sucesivos cambios que sobrevenidamente pueden amenazarla. Sin embargo, se trata de un mecanismo cuya regulación jurídica está ciertamente dispersa. El objeto de este epígrafe es, por un lado, identificar los elementos jurídico-positivos que promueven la continuidad del empleo mediante una “modificación” de lo pactado (entendida en sentido amplio); y, por otro, tratar de ofrecer una exposición ordenada de los mismos. Análisis que – recuérdese - se enmarca en el propósito de ofrecer una visión de conjunto de la intensidad con la que se promueve la estabilidad en el empleo en el sistema jurídico español (y que trata de responder a la propuesta sistematizadora expuesta en el *Apartado A* de este *Capítulo IV*). En paralelo, nuestra intención es tratar de evidenciar que trabajador y empresario, a pesar de ostentar facultades ejercitables en situaciones diferentes y, sometidas a requisitos procedimentales diversos, en el fondo, desde un punto de vista de la ciencia jurídica, todas ellas participan de una naturaleza jurídico-dogmática común.

A fin de esclarecer el orden expositivo que se va a seguir en este epígrafe, conviene tener en cuenta que la posibilidad de alterar sobrevenidamente el contenido del contrato, más allá del pacto novatorio, se admite en el ordenamiento jurídico español, bien, en virtud de una norma heterónoma imperativa (*ope legis*); o bien, por decisión unilateral de cualquiera de los dos contratantes, siempre que concurra un determinado desequilibrio contractual. Estos últimos supuestos, desde un punto de vista dogmático, son situaciones imprevistas en las que hay “dar demasiado para obtener demasiado poco”, de modo que la comparación entre las prestaciones del empresario y las del trabajador han perdido todo su valor. Planteamiento que queda plenamente corroborado desde el instante que, siguiendo a RIVERO LAMAS, la imposibilidad objetiva sobrevenida no puede fundamentar la modificación de las condiciones de trabajo. Si la imposibilidad es absoluta (originando el cese definitivo de la actividad de la empresa, por ejemplo) no puede hablarse de “modificación” del contrato. Si, en cambio, la imposibilidad da lugar a un incumplimiento parcial, y las obligaciones son divisibles, debe hablarse de la concurrencia de una excesiva onerosidad sobrevenida. Tampoco puede hablarse de modificación contractual si habiendo concurrido un hecho obstativo que imposibilita

absolutamente el cumplimiento del contrato, el empresario ofrece al trabajador la celebración de uno nuevo<sup>474</sup>. Por consiguiente, todos los supuestos de alteración del contenido del contrato deben incardinarse en la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida.

### ***1.- La modificación por excesiva onerosidad sobrevenida.***

La facultad del empresario para alterar el contenido de lo acordado se canaliza a través del *ius variandi* y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (ejercitable ante desequilibrios concursales y extraconcursoales). Por su parte, la facultad del trabajador está vinculada a la formación profesional, a la política de conciliación de la vida laboral y familiar y a la violencia de género. Es claro que el reconocimiento de estas facultades a cada uno de los contratantes no está planteado con una lógica neutralizadora o equilibrante de la facultad reconocida a la otra, sino que responde única y exclusivamente a riesgos de naturaleza heterogénea. Por otra parte, se trata de facultades que al subvertir el orden de lo pactado, situándose más allá de los límites del contrato, se plantean de un modo restrictivo y, por ello, exigen la concurrencia de un motivo legalmente acotado que lo justifique, así como el cumplimiento de ciertas formalidades.

Los supuestos de “modificación” unilateral del empresario están recogidos positivamente en los arts. 39.2, 40, 41 TRET, art. 203.3 TRLGSS y art. 64 LC. En cuanto a la facultad de “modificación” del trabajador está reconocida en los arts. 23.1, 37 apartados 4 a 7 y 40.3 y 3.bis TRET. Veamos, a continuación cada uno de estos supuestos.

De todos modos, conviene advertir que el objeto de este epígrafe no es analizar pormenorizadamente todas y cada una de estas instituciones, sino “simplemente”, identificar los factores de las mismas que contribuyen decisivamente en la continuidad del contrato de trabajo; y, así, identificados los vectores de la estabilidad, tratar de describir la intensidad con la que se protege la estabilidad en el empleo.

#### ***1.1.- Facultades de modificación unilateral del empresario.***

La facultad de modificación unilateral del empresario debe distinguirse debidamente de la facultad de especificación de las prestaciones genéricas<sup>475</sup>. Así, en el ámbito de las relaciones

---

<sup>474</sup> *Vid.* al respecto **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 29 y 30.

<sup>475</sup> En la actualidad, la doctrina mayoritaria sostiene que la movilidad funcional reconocida en el art. 39.1 TRET es un modo de especificación de las prestaciones convenidas y, por tanto, es una manifestación del poder de dirección del empresario (entendido en sentido estricto). Un numeroso sector de la doctrina entiende que la movilidad

laborales y como derivación del poder de dirección del empresario, nada impide que se puedan introducir algunas modificaciones de forma unilateral. En estos casos, la Ley admite que se alteren determinadas condiciones siempre que no sean esenciales (el “mal llamado” – en términos de CRUZ VILLALÓN –, *ius variandi norma*<sup>476</sup>); esto es, aquéllas que no afectan a la sustancia de la prestación convenida contractualmente. Facultad claramente diferenciada del *ius variandi* y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>477</sup>.

Por otra parte, sin perjuicio del pormenorizado análisis que se realizará con ocasión del estudio de la resolución del contrato por causas de empresa, conviene hacer algunas precisiones

---

funcional queda integrada en el ámbito del poder de dirección del empresario, **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 54; y *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 118; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, op. cit., p. 96; y *Clasificación profesional y movilidad funcional*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova, Valladolid 1994, p. 190, 198 y ss; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 137; **GALÁN PÉREZ**. *El poder directivo del empresario y la movilidad del personal dentro de la empresa*. RPS nº 100, 1973, p. 233; **MONTOYA MELGAR**. *Poder del empresario y movilidad laboral*, op. cit., p. 176; **GONZÁLEZ ORTEGA**. *Criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. En “La flexibilidad laboral” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 313 y 314; **RIVERO LAMAS**. *Técnicas modernas de garantía del empleo*, op. cit., p. 49 y 50; **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 53 y 54; **DURÁN LÓPEZ**. *La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo*. RJC nº 1, 1978, p. 143; **CARRIÓN MOYANO**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 315; **GÁRATE CASTRO**. *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*. REDT nº 100, 2000, p. 843; **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 40; **CAMPS RUIZ**. *La modificación de las condiciones de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, p. 22; **VALDÉS DE LA VEGA**. *Individual y Colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, p. 140; **ROJAS RIVERO**. *Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 287; **VALDÉS DAL-RÉ**. *La movilidad funcional*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997, p. 35 y ss.; **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 347 a 349; **SALA FRANCO**. *El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa*. En “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”. MTSS. Madrid, 1987, p. 81; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 57; **ORTIZ LALLANA**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo y los derechos económicos del trabajador*. En “La flexibilidad laboral” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 236; y *Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica*. RL 1987 - II, p. 550 y 551; **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **RIERA VAYREDA**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales*. AL 1997 - III, p. 1108; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Poder de dirección y movilidad funcional. El estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional. La noción de grupo profesional y alcance de la expresión “derechos profesionales”*. En “La flexibilidad laboral” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993, p. 255 y 256.

Sin embargo, algunos autores parecen sostener otro criterio. En este sentido, aunque partidario de fundamentar la movilidad funcional en el poder de dirección del empresario, MARTÍNEZ ABASCAL (vigente el TRET), a partir de una concepción restrictiva de la facultad del acreedor de especificación de la prestación debida y de una concepción amplia del término *ius variandi*, sostiene que la movilidad funcional no puede identificarse con el poder de dirección, porque “dicha movilidad, en cuanto manifestación concreta del *ius variandi*, amplía aquel poder”. **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 320; y *La nueva regulación de la movilidad funcional*. Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 65 y 66. Por su parte, CONDE-PUMPIDO TOURÓN estima que el “poder de especificación” sólo está reconocido en el art. 20 TRET y que el *ius variandi* está reconocido en el art. 39 TRET, distinguiendo entre el “ordinario” y el “extraordinario”. **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, op. cit., p. 19. CABRERA BAZÁN, vigente la LCT<sup>44</sup>, apunta que “el *ius variandi*, al igual que la novación, hace referencia a una idea modificativa de las prestaciones del contrato de trabajo inherente a una facultad del empresario, que dimana directamente de su poder de dirección”. **CABRERA BAZÁN**. *La novación ilícita del contrato de trabajo*, op. cit., p. 63.

<sup>476</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, op. cit., p. 88; y *La movilidad geográfica del trabajador*. RPS nº 125, 1980, p. 84. En términos similares, **DURÁN LÓPEZ**. *La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo*, op. cit., nota 11, p. 144.

<sup>477</sup> Aunque se trate de una cuestión que no es pacífica en la doctrina. *Vid.* al respecto a continuación.

contextualizadoras (ya anunciadas, por cierto, con anterioridad). La facultad de alteración reconocida al empresario por causas de empresa se integra en una lógica secuencial, en virtud de la cual, a medida que incrementa la intensidad del desequilibrio contractual que objetivamente padece el empresario se incrementa el número de facultades a su disposición para sustraerse de lo convenido, con el fin de posibilitar la continuidad de la organización productiva y, con ella, el empleo de los trabajadores a ella vinculados. De modo que en los niveles de riesgo menos intensos puede proceder al *ius variandi* o a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, según la naturaleza del hecho sobrevenido; y, en las situaciones más severas, puede acceder a la resolución (así como a la modificación o a la suspensión). En definitiva, opera el principio de que “quien puede lo más, puede lo menos”. Planteamiento en el que el juego de la estabilidad en el empleo es absolutamente medular.

De cara a la claridad expositiva, aunque existe unanimidad en considerar a la movilidad geográfica como un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dada las particularidades jurídico-positivas de su regulación, se procederá a su estudio por separado. Así pues, el *iter* expositivo que se va seguir a continuación, tomará como punto de partida el *ius variandi*, para a continuación analizar el impacto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de la movilidad geográfica en la continuidad del empleo; para finalmente estudiar la facultad modificatoria prevista en el art. 203 TRLGSS, con la “participación” de la Autoridad Laboral. Finalmente, conviene advertir que el análisis de la legislación concursal al respecto se deja para más tarde; concretamente, para cuando se analicen los supuestos extintivos<sup>478</sup>. El hecho de que la legislación concursal regule de un modo uniforme la resolución, la suspensión y la modificación así lo aconseja.

### **1.1.1.- El ‘ius variandi’.**

El *ius variandi* es una institución que tiene una larga tradición en la legislación española, estrechamente vinculada a la excesiva onerosidad y al principio de estabilidad en el empleo<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> Lo mismo cabe decir con respecto a la suspensión en los supuestos concursales.

<sup>479</sup> Como se ha analizado, la normativa republicana reconocía el ejercicio *ius variandi* en el art. 77 LCT<sup>31</sup>. Facultad incorporada, sin apenas cambios al art. 64 LCT<sup>44</sup>. A pesar de la regulación restrictiva contenida en el art. 64 LCT<sup>44</sup> - circunscrita a los supuestos de “urgente necesidad” -, a través de las Reglamentaciones de Trabajo – y contraviniendo claramente el sentido de la Ley -, se soslayaba este criterio rigorista permitiendo la modificación de las condiciones de trabajo por “simple exigencia o conveniencia de la empresa” (provocando la ruptura de lo que la doctrina ha denominado *principio de correspondencia función-categoría*). VALDÉS DAL-RÉ. *La ruptura del principio de Correspondencia Función-Categoría por Ejercicio del Ius Variandi Empresarial*. RPS nº 103, 1974, p. 23 y ss. Circunstancia criticada por un sector importante de la doctrina, ALBIOL MONTESINOS. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, *op. cit.*, p. 120 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, *op. cit.*, p. 26 y ss; GONZÁLEZ ORTEGA. *Criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 53. Posteriormente, el art. 23 ET<sup>80</sup> regulará el ejercicio del *ius variandi*, de un modo similar a como está previsto en la actualidad, aunque sin exigirse la concurrencia de un desequilibrio

El *ius variandi* implica una modificación sustancial de lo pactado en el contrato, sin que pueda entenderse como una mera especificación de la prestación pactada, justificada en la concurrencia de una excesiva onerosidad. En concreto, el párrafo 2º del art. 39 TRET lo define como una facultad de variación empresarial de las funciones pactadas de naturaleza extraordinaria, comprensiva de la movilidad más allá del grupo o de las categorías equivalentes (vertical u horizontal)<sup>480</sup>.

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica del *ius variandi* ha suscitado una dilatada discusión doctrinal que permanece en la actualidad. Admitido (casi unánimemente) que la movilidad funcional está integrada en el seno del poder de dirección del empresario, la cuestión se ha centrado en determinar si el *ius variandi* queda integrado o no en el poder de dirección del empresario y, derivado de ello, si el término '*ius variandi*', integra o no, además, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>481</sup>.

---

contractual en los supuestos de movilidad *in meius* (con derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice), estableciéndose un límite de tiempo máximo (seis meses en un año u ocho en dos); y supeditando el *ius variandi in peius* a la concurrencia de “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva” y sólo por el tiempo imprescindible (manteniéndose la retribución y demás derechos derivados de su categoría profesional y comunicándolo a los representantes legales de los trabajadores).

<sup>480</sup> Esto es, “asignación de funciones que no son profesionalmente equivalentes, por tratarse de actividades sustancialmente diversas, pero que en términos de valoración o reconocimiento social no se entienden ni superiores ni inferiores”. **CRUZ VILLALÓN**. *Art. 39*. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998, p. 478. *Vid.* al respecto también, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Clasificación profesional y movilidad funcional*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 198 y 199. No obstante, la operatividad del *ius variandi*, ha quedado ciertamente menguada desde el instante que el art. 22 TRET “fomenta” el sistema de clasificación por grupos profesionales. *Vid.* un ejemplo, STSJ Madrid 30 de mayo 2005 (JUR 155149).

<sup>481</sup> Un sector de la doctrina entiende que se trata de una derivación del poder de dirección del empresario (entendido en sentido amplio). **MONTOYA MELGAR** afirma que es “la intensidad, más que la naturaleza, lo que separa al poder de dirección del empresario de otros institutos dirigidos a la especificación de las prestaciones genéricas”. Así, el *ius variandi* es la “potestad del empresario de alterar, de modo no esencial, los límites de la prestación de trabajo” y que “es una atribución típicamente empresarial, encuadrada en el marco del poder de dirección”. **MONTOYA MELGAR**. *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p. 17, 163 y 164. En términos similares, **BARRIONUEVO PEÑA**. *La nueva regulación de los expedientes de crisis*. RPS nº 97, 1973, p. 83; **SOUTO PRIETO**. *Traslado del centro de trabajo*. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994, p. 55 y 56; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994, p. 226. **ALEMÁN PÁEZ** encuadra el *ius variandi* como una modalidad de la movilidad funcional. **ALEMÁN PÁEZ**. *La nueva regulación de la clasificación y de la movilidad en la Ley 11/1994 reformadora del Estatuto de los Trabajadores*. “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, nota 34, p. 232. En cambio, **MARTÍNEZ ABASCAL** (en la misma obra) califica a la movilidad funcional como una manifestación encuadrable dentro de la categoría genérica del *ius variandi*. **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, *op. cit.*, p. 318; y *La nueva regulación de la movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 63. En el mismo sentido, **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 366; **GALÁN PÉREZ**. *El poder directivo del empresario y la movilidad del personal dentro de la empresa*, *op. cit.*, p. 232; y **SALA FRANCO Y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 33.

En un punto intermedio, **RIVERO LAMAS** sostiene que “el fundamento *ius variandi* se halla en el poder de dirección del empresario y en las facultades que posee, en virtud del ordenamiento jurídico, para organizar los elementos que integran en la empresa en vista a la consecución del fin propuesto por la misma”. **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 202 y 203. Aunque, posteriormente, este autor parece sostener la distinción entre el *ius variandi* y el poder de dirección, cuando afirma que a pesar de los importantes puntos de contacto, el poder de modificación *ex art. 41 TRET* no puede identificarse con el *ius variandi*, dado que aquél aparece como una “normalización de cambios temporales o permanentes que exceden de la prestación debida, aunque su ejercicio precise siempre de una justificación causal”. **RIVERO LAMAS**. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, *op. cit.*, p. 96 y ss; *Poder de dirección y “ius variandi”: extensión y límites*. En “Movilidad funcional y geográfica.

A nuestro modo de ver, la discusión debe enfocarse desde el punto de vista que ofrece la idea de que la *estabilidad en el empleo* es el fundamento último de las facultades de alteración de los contratantes. De aceptarse este planteamiento, se destila – lógicamente - que el *ius variandi* no puede quedar integrado en el seno del poder de dirección del empresario. Por otra parte, compartimos el planteamiento de un sector de la doctrina que rechaza la idea de integrar bajo la expresión '*ius variandi*', a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; precisamente, porque, responden a un riesgo diferenciado<sup>482</sup>.

En cuanto al régimen jurídico de esta facultad de alteración, la parquedad e imprecisión del precepto es manifiesta<sup>483</sup>. Lo que, en modo alguno, debe interpretarse como un

---

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 39 y ss.; y *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41, op. cit.*, p. 871.

Otro sector, con mejor doctrina a nuestro juicio, sostiene que el poder de modificación sustancial es una función próxima pero distinta del *ius variandi*, separándose las facultades unilaterales de modificación de la prestación de las meras facultades destinadas a modalizar la ejecución del contrato. De tal modo que aparecería como una institución encajada entre el poder de dirección (entendido en sentido estricto) y la facultad de modificación de condiciones sustanciales del contrato. Conviene señalar, con carácter previo, que se parte de una concepción del poder de dirección restringido, como figura autónoma y diferenciada del resto de facultades organizativas del empresario. En esta línea, CRUZ VILLALÓN sostiene que el *ius variandi* no puede calificarse como una manifestación del poder de dirección, porque ello implicaría calificar como modificaciones no sustanciales los cambios realizados mediante este poder empresarial: “al ser el poder de dirección elemento central del contrato, en tanto que se trata de un trabajo dependiente dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, estas modificaciones forman también parte de la base del contrato de trabajo y, en suma, son una institución connatural al propio contrato de trabajo”. CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 103 y 104. Según RODRÍGUEZ-PIÑERO, la cabida del *ius variandi* es precisamente “allí donde el propio poder de dirección resulte insuficiente”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa, op. cit.*, p. 26. ROMÁN DE LA TORRE aboga por diferenciarlo del poder de dirección, dado que se trata de alteraciones sustanciales del contrato de trabajo que el empresario puede realizar pero “sólo durante un cierto período de tiempo, pasado el cual desaparece la causa o razón que legitima al empresario el uso del *ius variandi*, recuperando el contrato su papel delimitador natural o haciendo su aparición modificaciones con otra sustancia diferente que reclaman la aplicación de otras figuras jurídicas”. Por ello, “el art. 39.2 [TRET] somete el cambio funcional sustancial a los dos presupuestos básicos que configuran el '*ius variandi*', es decir, una causa y el plazo, por lo que si no concurre la causa o se traspaasa el tiempo, la modificación entra dentro de aquellas que requieren ya la aplicación del régimen propio de las alteraciones sustanciales en sentido estricto, de forma que, en la fórmula legal, los cambios más allá del grupo o de las categorías equivalente, ‘sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención’”. ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 97; y *Clasificación profesional y movilidad funcional, op. cit.*, p. 198 y 200. Vid. también, VIDA SORIA. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 78 y 79; SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 55 a 59; ORTIZ LALLANA. *Las modificaciones de la prestación de trabajo y los derechos económicos del trabajador, op. cit.*, p. 236 a 238; SANTIAGO REDONDO. *Movilidad geográfica, op. cit.*, p. 347 a 349; y DE SOTO RIOJA. *El contenido de la prestación laboral*. RL 1995 - II, p. 187.

Una derivación de este planteamiento – que no compartimos – la ofrece VALLEJO DACOSTA. Concretamente, distinguiendo entre el *ius variandi* y el poder de dirección del empresario, sostiene que a partir de la reforma de 1994 y, concretamente, desaparecido todo control *ex ante*, es posible aseverar que existe una fundamentación jurídica unitaria en el poder de variación empresarial (*ius variandi* y modificación sustancial), hasta el punto de que “podría concluirse que al empresario se le reconocen básicamente dos tipos de actuaciones: unas, que entrarían dentro del poder de dirección y especificación del trabajo convenido y otras, propias del *ius variandi*”. VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 164. En contra de esta tesis, cabe entender que la temporalidad del desequilibrio contractual padecido que caracteriza sustancialmente al *ius variandi* permitiría mantener la diferenciación con respecto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

<sup>482</sup> Vid. nota anterior.

<sup>483</sup> MARTÍNEZ GARRIDO. *La movilidad funcional*. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994, p. 84. Para la STSJ Castilla la Mancha 5 de junio 1996 (AS 2494): “Se introducen en este precepto [art. 39.2 TRET] una serie de conceptos de difícil precisión para el jurista y de tentadora simplicidad para el empresario. Razones técnicas u organizativas, necesidades perentorias o imprescindibles, son conceptos que, por su deliberada vaguedad, son susceptibles de las más variadas

reconocimiento incondicionado al empresario, esto es, sujeto a su discrecionalidad o conveniencia<sup>484</sup>. Al contrario, la posibilidad de superar temporalmente los límites del contrato, está configurada de un modo restrictivo. En concreto, la legalidad de la modificación propuesta está vinculada al cumplimiento de ciertos requisitos<sup>485</sup>: la transitoriedad del hecho sobrevenido (i.-); y la existencia de una causa suficiente (ii.-)<sup>486</sup>. Y, para el supuesto de que se asignen al trabajador funciones inferiores a las que venía desarrollando, la norma exige, además, la concurrencia de un riesgo específico, en principio, más intenso (iii.-). Finalmente, el empresario debe cumplir ciertas formalidades, con el fin de que los representantes de los trabajadores puedan monitorizar el ejercicio de esta facultad (iv.-). Condicionantes que, en tanto que denotan una cierta conceptualización conservativa, exigen un análisis más detallado.

i.- Se exige que la alteración persista durante el “tiempo imprescindible” para atender a las razones que la justifican<sup>487</sup>. Circunstancia que configura, junto con la causalidad citada, la identidad del *ius variandi*. Téngase presente que esta transitoriedad debe estar referida a la naturaleza del desequilibrio sobrevenido, de lo que se deriva imperativamente la naturaleza temporal de la modificación funcional planteada<sup>488</sup>. Si se trata de una modificación funcional que no responde a un hecho sobrevenido transitorio sino permanente, debe acudir al procedimiento modificatorio del art. 41 TRET (la denominada “movilidad funcional extraordinaria”, ex arts. 39.5 y 41.1.f TRET)<sup>489</sup>. De todos modos, pese a que esta expresión evoca la idea de brevedad, lo cierto es que se trata de un término de difícil acotación<sup>490</sup>.

---

interpretaciones. Será aconsejable una extremada prudencia por parte de los Tribunales en la delimitación de estos términos, en actuación que, sancionando los casos en los que se haga patente un abuso de facultades, no invada la esfera de actuación del empresario o implique una revisión de la organización del trabajo que haya podido realizar”.

<sup>484</sup> Vid. SSTSJ Extremadura 10 de diciembre 2004 (AS 3420); y Andalucía (Sevilla) 10 de febrero 1998 (AS 5415).

<sup>485</sup> El incumplimiento de los mismos convierte al *ius variandi* en el ejercicio de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, STSJ Cataluña 20 de marzo 2000 (As, 2059); y SJS Castellón (nº 1) 9 de enero 2002 (AS 408).

<sup>486</sup> Un sector de la doctrina entiende que los desplazamientos ex art. 40.4 TRET pueden calificarse como una modalidad de *ius variandi* dado que se trata de cambios sustanciales de lo pactado (no meras especificaciones de la prestación) fundados en la existencia de causas no habituales legalmente establecidas y limitados en el tiempo. **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*, op. cit., p. 348.

<sup>487</sup> “Temporal y por tiempo imprescindible”. STSJ Castilla la Mancha 5 de junio 1996 (AS 2494).

<sup>488</sup> “Debe existir una relación inmediata con las causas objetivas adoptadas, pues éstas sólo se recogen en el ET cuando son temporales y ellas mismas impondrán la mayor o menor duración del cambio”. **CRUZ VILLALÓN**. *Art. 39*, op. cit., p. 480. Vid. también **ROMÁN DE LA TORRE**. *Clasificación profesional y movilidad funcional*, op. cit., p. 200; y **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La movilidad funcional*. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 226: “por tiempo previsiblemente limitado”.

<sup>489</sup> “Un último dato consustancial al *ius variandi* es su temporalidad, derivado de esa exigencia de que el cambio lo sea por el tiempo imprescindible. Debe existir una relación inmediata con las causas objetivas, pues éstas sólo se recogen en el ET cuando son temporales y ellas mismas impondrán la mayor o menor duración del cambio. En sentido contrario, todo tipo de necesidades organizativas que conduzcan a movilidades estables habrán de seguir cauces diferentes. Puesto que la temporalidad se vincula a las necesidades organizativas, la causa decae en el momento en que pueda afrontarse esa necesidad con medidas más permanentes”. SJS Sevilla (nº 4) 14 de mayo 2004 (AS 1865). Vid. también, STS 10 de abril 2000 (RJ 3523); STSJ Cantabria 23 de abril 2001 (AS 1529); y SJS Castellón (nº 10) 9 de enero 2002 (AS 408). No obstante, algún pronunciamiento ha acercado extraordinariamente ambas instituciones desde un punto de vista conceptual. En concreto, la STSJ Asturias 19 de julio 2002, rec. 1008



ii.- Paralelamente, la legitimidad de la decisión empresarial queda supeditada a la concurrencia de razones técnicas u organizativas<sup>491</sup>. El *ius variandi* es, por tanto, una institución causal<sup>492</sup>. Según RIVERO LAMAS, tales circunstancias pueden englobarse en el denominado interés de la empresa, esto es, “en una genérica legitimación que permite adoptar tales decisiones revestidas de una mínima dosis de racionalidad y justificación objetiva en beneficio del funcionamiento productivo de aquélla”<sup>493</sup>.

Al margen de la utilización de la expresión “razones”, frente al de “causas” prevista para las modificaciones, suspensiones y resoluciones, destaca, a su vez, la omisión de la referencia a las “económicas” y “productivas”. Algunos autores entienden que se trata de un descuido del Legislador, “porque no tiene sentido autorizar una movilidad por razones técnicas y organizativas, y no hacerlo por razones económicas que, como es sabido, están en la base de toda decisión empresarial razonable de movilidad e impregnan a las otras tres. Y otro tanto cabe decir de las otras tres”<sup>494</sup>. MARTÍNEZ ABASCAL entiende que la dicción del precepto es clara, por lo que debe entenderse explícitamente como una exclusión. Interpretación que se complementa con la tesis de la jerarquización entre las diversas medidas empresariales y con la

---

(LA LEY JURIS: 7905/2002), resolviendo un supuesto en el que se reclama la prestación de desempleo parcial derivada de una reducción de jornada de más de un 50 % (y con un objetivo claramente tuitivo) declara que “la finalidad [del art. 41 TRET] es, en todo caso, la recuperación económica de la empresa, y por lo tanto, el precepto no parte de una reducción de jornada definitiva o que se extienda a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo, sino de la posibilidad de autorizar la reducción por causa pero con la finalidad de recuperación o, lo que es lo mismo, de volver a una situación de anterior normalidad”. En términos similares, SSTSJ Asturias 19 de julio 2002, rec. 977 y 978 (LA LEY JURIS: 19/2003 y LA LEY JURIS: 1226350/2002). En esta línea, SALA FRANCO, analizando el art. 41 TRET, sostiene que la duración de la modificación sustancial está directamente vinculada a la duración de la causa que la motiva. De tal forma que debe desaparecer cuando desaparezca la causa. SALA FRANCO. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 127.

<sup>490</sup> No obstante, en situaciones extremas tales parámetros resultan *a priori* fácilmente identificables. Por ejemplo, la encomienda de funciones inferiores durante un período de prácticamente tres años, difícilmente puede calificarse como tiempo imprescindible *ex art. 39.2 TRET* (STSJ Extremadura 10 de diciembre 2004, AS 3420). Téngase presente que si se trata de un supuesto de movilidad funcional *ex art. 39.1 TRET*, la naturaleza temporal o permanente del cambio es intrascendente (STS 25 de febrero 1999, RJ 2021). Por otra parte, la posibilidad de que el trabajador pueda reclamar un ascenso si la modificación supera un determinado plazo de tiempo (si el convenio colectivo no dice nada, 6 meses en un año o 8 meses en dos), si bien introduce una limitación al ejercicio del *ius variandi*, no deja de ser un elemento de distorsión en la concepción de la propia institución jurídica, pues, la incidencia de la duración del hecho sobrevenido pierde cierta relevancia (existiendo, además, el riesgo de que la expresión “tiempo imprescindible” se identifique con el mismo). En términos similares, CAMPS RUIZ. *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit., nota 26, p. 25 y 26. Por ejemplo, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 12 de septiembre 2005 (AS 2580) declara que cuando el ejercicio del *ius variandi* pretende encomendar funciones superiores, está sujeto a un límite temporal máximo (en virtud de lo dispuesto en el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración autonómica de Castilla y León), y cuando se trata de la realización de funciones inferiores debe operar por el tiempo “estrictamente necesario”.

<sup>491</sup> Motivación sujeta a su vez a una limitación añadida, el respeto de la profesionalidad del trabajador. Como se sabe, en virtud del art. 39.1 y 3 TRET en la movilidad debe respetarse las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la nueva prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional, prohibiéndose asimismo que la movilidad propuesta se efectúe menoscabando la dignidad del trabajador, o bien perjudicando su formación y promoción profesional. *Vid.* al respecto extensamente, entre otros, GÁRATE CASTRO. *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*, op. cit., p. 843 y ss.

<sup>492</sup> DE SOTO RIOJA. *El contenido de la prestación laboral*, op. cit., p. 188.

<sup>493</sup> RIVERO LAMAS. *Poder de dirección y “ius variandi”: extensión y límites*, op. cit., p. 40.

<sup>494</sup> SAMPER *cit.* CUBERO ROMERO. *Movilidad funcional y geográfica*. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999, p. 339.

idea de que las razones técnicas y organizativas son de menor entidad que las productivas y económicas. Por tanto, entiende, la jerarquización entre las medidas empresariales debe entenderse en un sentido estanco y claramente delimitado, por lo que el *ius variandi* no puede operar en situaciones de riesgo propias de la suspensión o la resolución<sup>495</sup>.

Interpretación que no puede compartirse, debiéndose entender comprendidas todas ellas, por las siguientes razones. En primer lugar, porque lo que posibilita la alteración funcional no son las razones legalmente establecidas, sino un hecho sobrevenido cuyos efectos provocan una onerosidad excesiva. En segundo lugar, porque como apunta un sector de la doctrina todos los “ámbitos” pueden reconducirse a lo económico; y, además, la delimitación precisa de cada ámbito es una tarea extraordinariamente compleja, no pudiéndose establecer delimitaciones precisas. Y, en tercer lugar, no es cierto que la ley describa a las causas técnicas o organizativas como de menor entidad que las económicas o productivas. Además, tal y como se expone al analizar la resolución por “causas de empresa”<sup>496</sup>, cabe entender que la *secuencialidad* entre las medidas empresariales no depende de la naturaleza cualitativa de los ámbitos empresariales afectados, sino de la diversa intensidad cuantitativamente hablando de la contingencia padecida por el empresario. Por todo ello, la expresión “razones técnicas u organizativas” debe interpretarse de un modo integrador<sup>497</sup>.

---

<sup>495</sup> **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La nueva regulación de la movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 102 y 103. En términos similares, CONDE-PUMPIDO estima que si las causas son económicas o productivas debe acudirse obligatoriamente al mecanismo modificador previsto en el art. 41 TRET, “salvo que pudieran conectarse con razones organizativas o técnicas indirectamente”. **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 19. DEL REY GUANTER declara que la exclusión legal es explícita por lo que la fundamentación causal es distinta. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 203. SOUTO PRIETO también afirma la existencia de una (aparente) mayor restricción que con respecto a la modificación sustancial *ex art. 41 TRET*. **SOUTO PRIETO**. *Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores)*. En “La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo” (Dir. Calvo Ibarlucea). CGPJ. Madrid, 1995, p. 169. *Vid.* también, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Clasificación profesional y movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 200; y **CONDE MARTÍN DE HIJAS**. *Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>496</sup> *Vid.* al respecto el *Epígrafe I.3 del Apartado C* de este mismo *Capítulo IV*.

<sup>497</sup> **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 268. GÁRETE CASTRO, en la misma línea, sostiene que “el propósito del legislador es que el cambio de funciones atienda, más que a los concretos tipos de motivos que relaciona, entendidos estrictamente, a causas razonables y que, por lo tanto, la omisión de que se trata no impide que el artículo 39, número 2, ET pueda aplicarse a una movilidad funcional que se presente sustentada en la satisfacción de necesidades de índole económica o productiva”. **GÁRATE CASTRO**. *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*, *op. cit.*, p. 843.

La mayor parte de los Convenios Colectivos consultados, al regular el ejercicio del *ius variandi*, se limitan a reproducir el contenido del TRET, enumerando las causas técnicas y organizativas. *Vid.* por ejemplo, CCOL – Estatal - Puertos del Estado y Actividades Portuarias (BOE 11 de enero 2006, RCL 43); CCOL – Estatal – Organización Nacional de Ciegos (BOE 25 de octubre 2005, RCL 2091); CCOL – Estatal - Limpieza Edificios y Locales (BOE 14 de septiembre 2005, RCL 1819); CCOL – Estatal – Industria Producción Audiovisual (BOE 14 de agosto 2000, RCL 1892) CCOL – Estatal - Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 de diciembre 2003, RCL 2891); CCOL – Cataluña – Masses Congeladas (DOGC 9 de septiembre 2003); CCOL del Sector de Juego de Bingo de Valencia (BO. Valencia 7 diciembre 2005, LEG 7756); CCOL – Cataluña – Empresas que Gestionan Equipamientos y Servicios Públicos Afectos a la Actividad Deportiva y de Ocio (DOGC 13 de octubre 2005, LCAT 632); CCOL “extraestatutario” – Navarra - Exhibición Cinematográfica (BO. Navarra 6 de julio 2005, LNA 223); CCOL – Navarra - Industria Siderometalúrgica (BO. Navarra 5 de julio 2004, LNA 241); CCOL – Cataluña – Locals i Espectacles (DOGC 17 de septiembre 2004); CCOL – Estatal - Prensa y Agencias Informativas (BOE 10 de junio 1999, RCL 1563). En otros supuestos se remiten directamente al precepto estatutario. Por

Por otra parte, conviene tener presente que, a diferencia de los arts. 40, 41, 52.c y 51 TRET no existe referencia legal alguna que permita evaluar la intensidad del desequilibrio. En principio, siguiendo la tesis de la existencia de una *secuencialidad* entre las medidas, debería entenderse que la contingencia que debe padecer el empresario deberá ser inferior a la exigida para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por lo que, el *ius variandi* operaría en situaciones de riesgo de menor intensidad que las previstas en los arts. 40 y 41 TRET<sup>498</sup>. CRUZ VILLALÓN, en cambio, entiende que para determinar el alcance de estas razones debe acudir a la descripción de la intensidad de riesgo establecida en el art. 41 TRET, por analogía<sup>499</sup>. De aceptarse este planteamiento, ambas modalidades de alteración contractual operarían en el mismo espacio de riesgo, con la única diferencia de la naturaleza temporal del hecho sobrevenido en el *ius variandi*. Con el inconveniente de que la “temporalidad” del

---

ejemplo, CCOL – Estatal – Distribuidores de Productos Farmacéuticos (BOE 18 de enero 2006, RCL 90); CCOL – Estatal – Flores y Plantas (BOE 26 de octubre 2005, RCL 2109); CCOL – Estatal – Granjas Avícolas (BOE 16 de junio 2004); CCOL Televisió de Cataluña, S.A. (DOGC 16 de octubre 2002); CCOL – Estatal – Despachos Técnicas Tributarios y Asesores Fiscales (BOE 29 de julio 2005); CCOL – Estatal – Compañías de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 19 de noviembre 2004); CCOL Catalunya Radio, SRG, S.A. (DOGC 18 de julio 2003); CCOL – Cataluña - Cultiu de peixos d'aqüicultura marina (DOGC 21 de enero 2004); CCOL Establiments Viena, S.A. (DOGC 23 de noviembre 2005); CCOL Difusió Digital Societat de Telecomunicacions, S.A.U. (BOE 13 de septiembre 2005). En cambio, el CCOL – Estatal - Ferralla (BOE 27 enero 2006, LEG 142) añade además las causas productivas; y el CCOL – Cataluña – Confecció de Pelletería (DOGC 18 de julio 2003) a las causas organizativas y de producción, añade las de “contratación”. Del mismo modo, el CCOL – Estatal – Entrega Domiciliaria (BOE 12 de marzo 2004, RCL 663); CCOL – Estatal – Industria Salinera (BOE 23 de mayo 2002); y CCOL – Estatal – Construcción (BOE 10 de agosto 2002). Por su parte el CCOL – Estatal – Prensa Diaria (BOE 22 de julio 2005, RCL 1544) sólo se refiere a causas organizativas y productivas. En otros, omitiendo la referencia a los ámbitos empresariales que describe la Ley, el *ius variandi* para encomendar funciones superiores se supedita simplemente a la mejora de la organización de la empresa (CCOL – Estatal - Regulación Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública (BOE 4 de noviembre 2004). O bien, se alude a “necesidad justificada de la empresa” (CCOL – Bizcaia – Artes Gráficas, BO. Bizcaia 15 de marzo 2005, LEG 2487); o bien, “a escasez de trabajo o conveniencia de su organización [de la empresa]” (CCOL – Estatal – Sastrería, Modistería y Camisería, BOE 28 de julio 1999); o bien, “necesidades justificadas de organización” (CCOL Roca York, S. L., BOE 26 de septiembre 2005); o bien “en caso de necesidad” (CCOL – Estatal – Comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería, BOE 22 de julio 2005; y CCOL – Estatal – Industria Química, BOE 6 de agosto 2004; y CCOL – Estatal - Pastas, Papel y Cartón - BOE n° 271, 10 de noviembre 2004); o bien “necesidades específicas” (CCOL Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentària, DOGC 28 de abril 2004 – aunque este convenio supedita la asignación de funciones inferiores al previo consentimiento del trabajador); o bien, simplemente, “en caso de necesidad” (CCOL Confección d'Ant, Napa i doble Faç, DOGC 22 de juny 2005). En otros supuestos, el régimen es más restrictivo. En algunos supuestos, está condicionado a “perentoria e imprevisible necesidad” (CCOL – Córdoba – Aceite y Derivados, BO. Córdoba 15 de julio 2004, LEG 5370); o bien, a “necesidades perentorias e imprevisibles” (CCOL – Estatal – Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla, BOE 12 de agosto 2003). El CCOL – Estatal – Jardinería (BOE 26 de mayo 2001) constituye un supuesto peculiar, pues, mientras que vincula la asignación de funciones superiores a “necesidades perentorias”; en cambio, la atribución de funciones inferiores se supedita a la mera “conveniencia empresarial”. En términos similares, el CCOL Grupo V, S. L. U. (BOE 22 de noviembre 2005) vincula la encomienda de funciones superiores a “casos excepcionales de necesidades perentorias” (o bien para bien para sustituir a otros trabajadores en situación de I.T., vacaciones, licencias o excedencias; y de funciones inferiores, a “necesidades justificadas de la empresa”. El CCOL – Baleares – Servicio de Ayuda a Domicilio (BO. Islas Baleares 22 de febrero 2005, LIB 75) al hablar de causas técnicas y organizativas, enumera una serie de supuestos, tales como: “accidentes, incapacidad temporal imprevista y aquellas contingencias que no se puedan prever con antelación” (supuestos más próximos a la imposibilidad objetiva que a la excesiva onerosidad). Un estudio del tratamiento de la movilidad funcional en la negociación colectiva, incluyendo el tratamiento jurídico del *ius variandi* en, **RODRÍGUEZ PASTOR**. *La movilidad funcional en la negociación colectiva*. ASoc n° 4, 2000, versión digital (BIB 2000\301).

<sup>498</sup> Por otra parte, acudiendo a la interpretación del art. 41, vigente el ET'80, no parece que haya obstáculo alguno para entender que si en aquel momento se entendió que lo económico se hallaba implícito en lo técnico, productivo y organizativo, no pueda exportarse esa tesis al supuesto de *ius variandi*, ex TRET.

<sup>499</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Art. 39, op. cit.*, p. 479.

desequilibrio es un parámetro de contornos difusos y normalmente sólo verificable *a posteriori*<sup>500</sup>.

iii.- Si la movilidad propuesta supone una encomienda de funciones inferiores se exige, además, que se trate de “necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva”<sup>501</sup>. Se trata, en opinión de la doctrina jurisprudencial, de una medida de carácter claramente excepcional<sup>502</sup>, “impuesto por la necesidad urgente de atender a necesidades de la actividad empresarial”<sup>503</sup>.

La alternatividad (derivada de la conjunción “o”) permite al empresario justificar la medida en cualquiera de las dos circunstancias<sup>504</sup>. En cuanto a la imprevisión, repárese que, a diferencia de lo que podríamos denominar postulados básicos de la excesiva onerosidad, no

---

<sup>500</sup> Sin que ello implique una identidad total entre ambas instituciones pues la tipología de situaciones incardinables en el supuesto de hecho del art. 39.5 TRET es muy variada. Analizando los supuestos a los que se refiere el citado párrafo 5º, la doctrina ha estimado que el legislador se está refiriendo a los cambios de funciones que tengan carácter permanente o indefinido, total o parcial, o bien a cambios que impliquen la modificación de los acuerdos de polivalencia funcional. **SALA FRANCO**. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 371; y **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 247. Algún sector de la doctrina ha entendido que también se refiere a supuestos de extralimitación causal, esto es, a situaciones vinculadas a causas económicas y productivas (omitidas en el art. 39 TRET). **SAMPER y MARTÍNEZ GARRIDO**, *cit.* **CUBERO ROMERO**. *Movilidad funcional y geográfica*, *op. cit.*, p. 341. **ROMÁN DE LA TORRE** entiende que el art. 39.5 TRET es aplicable también a los supuestos de asignación de funciones inferiores no motivados por razones perentorias o imprevisibles (aunque el hecho sobrevenido sea temporal). **ROMÁN DE LA TORRE**. *Clasificación profesional y movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 200 y 205.

En la STSJ País Vasco 27 de noviembre 2003 (AS 4243), se resuelve un supuesto en el que se ejercita un *ius variandi in peius* en base a causas económicas. Pretensión que será declarada ilegítima, pero no en base al ámbito económico afectado, sino por no concurrir los requisitos de perentoriedad o imprevisibilidad. La STSJ Andalucía (Málaga) 7 de febrero 2000 (AS 557) admite expresamente la afectación del *ius variandi* a los ámbitos económico y productivo. No pueden calificarse como causas organizativas o productivas la movilidad funcional motivada por causas médicas - deficiencia visual de un “factor de circulación” ferroviario - (STSJ Cantabria 23 de abril 2001, AS 1529)

<sup>501</sup> Requisito que, como apunta **RIVERO LAMAS**, ha tratado de flexibilizarse por la vía de la negociación colectiva con el fin de fortalecer esta facultad extraordinaria del empresario. **RIVERO LAMAS**. *Poder de dirección y “ius variandi”: extensión y límites*, *op. cit.*, p. 40. La regulación de estos aspectos en la negociación colectiva es poco profusa. No obstante, el CCOL – Estatal – Industria Salinera (BOE 23 de mayo 2002), amplía extraordinariamente el ámbito de juego del *ius variandi*, pues, habla de la existencia de “necesidades perentorias, transitorias o imprevisibles” (en términos similares, CCOL – Estatal – Construcción, BOE 10 de agosto 2002). En esta línea, el CCOL – Estatal – Industria Química (BOE 6 de agosto 2004) lo supedita simplemente a la existencia de una necesidad (“en caso de necesidad”). En términos similares, CCOL – Estatal - Pastas, Papel y Cartón (BOE nº 271, 10 de noviembre 2004). O bien, a la concurrencia de necesidades “perentorias o urgentes” (CCOL – Estatal - Regulación Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública, BOE 4 de noviembre 2004). Mucho más restrictivo resulta el CCOL – Estatal - Industrias Extractivas, Industrias del Vidrio, Industrias Cerámicas (BOE 11 de agosto 2004) dado que pese a realizar la misma enumeración, sustituye la conjunción “o”, por la “y/e” (“perentorias, transitorias e imprevisibles”). El CCOL – Estatal – Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla (BOE 12 de agosto 2003) lo supedita a la concurrencia de “necesidades perentorias e imprevisibles”. En caso de no concurrir estos elementos debe entenderse aplicable el art. 41 TRET. SJS Castellón (nº 10) 9 de enero 2002 (AS 408).

<sup>502</sup> STSJ Baleares 3 de junio 2005 (AS 1434). Supuesto en el que los meros problemas organizativos derivados del exceso de plantilla no pueden catalogarse como una circunstancia perentoria o imprevisible. Paralelamente, debe tenerse en cuenta que el art. 39.2 TRET dispone la obligatoriedad de comunicación previa a los representantes de los trabajadores. Trámite cuyo incumplimiento deslegítima la alteración propuesta por el empresario (SSTSJ Castilla y León/Burgos 22 de septiembre 2003, AS 2004\1798; y Galicia 6 de noviembre 1997, AS 3467).

<sup>503</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 12 de febrero 2002 (AS 1149). Supuestos en los que la mera alegación de una causa organizativa no es suficiente (SSTSJ Galicia 22 de diciembre 1999, AS 4306; y Canarias/Tenerife 25 de junio 1998, AS 6116; y Galicia 6 de noviembre 1997, AS 3467).

En la doctrina, se entiende que tal expresión equivale a acontecimientos extraordinarios que no sean posibles de prever o que previstos sean insuperables o a incidentes excepcionales acaecidos de forma inminente; sucesos, en suma, que, aún sin alcanzar un nivel crítico y dotados de una cierta gravedad y excepcionalidad, afectan a la organización técnica de la empresa o su proceso productivo”. **VALDÉS DAL-RE**. *La movilidad funcional*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>504</sup> SJS Sevilla (nº 4) 14 de mayo 2004 (AS 1865).

basta con que concurren circunstancias “imprevistas”, sino que se exige un requisito más estricto, pues deben ser “imprevisibles”<sup>505</sup>. No obstante, este requisito tampoco contribuye a esclarecer el nivel de riesgo mínimo exigido, pues, está describiendo las circunstancias que deben concurrir para su acaecimiento, esto es, describen “lo sobrevenido”<sup>506</sup>, pero nada dice, al menos explícitamente, del riesgo (la intensidad) que debe padecer el empresario para proceder a la misma, ni tampoco de la duración del desequilibrio ni, por consiguiente, de la modificación funcional que se pretende llevar a cabo. Circunstancia que, pese a las críticas de la doctrina, ha sido interpretada como una atenuación del requisito de la urgencia, de tal modo que “cuando la necesidad sobreviene inesperadamente, la perentoriedad de la actividad productiva no tiene que ser tan grave o aguda, aunque ha de concurrir en todo caso”<sup>507</sup>.

Menor dificultad interpretativa (y mayor coherencia) presenta el requisito de la “perentoriedad”, referida a necesidades “urgentes” o “apremiantes”. Aunque, de todos modos, la indeterminación de la norma es manifiesta y resulta sumamente difícil acotar el supuesto de hecho<sup>508</sup>.

iv.- Finalmente, como última medida de garantía, el empresario, en el ejercicio del *ius variandi*, está sujeto al cumplimiento, en términos generales, de un deber de información o comunicación<sup>509</sup>. Deber que no tiene una formulación homogénea, pues, si al trabajador se le encomiendan funciones inferiores, “el empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores” (art. 39.2 TRET)<sup>510</sup>. En cambio, si realiza funciones superiores, el art. 39.4 TRET, sin reconocer explícitamente un deber de información, establece que la representación unitaria debe elaborar con carácter previo un informe en los casos en los que el trabajador pretenda reclamar judicialmente contra la negativa de la empresa a reconocer

---

<sup>505</sup> Más restrictivo resulta el cambio funcional para la realización de los trabajos necesarios “para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes” (art. 35.3 TRET).

<sup>506</sup> *Vid.* SJS Sevilla (nº 4) 14 de mayo 2004 (AS 1865).

<sup>507</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Art. 39, op. cit.*, p. 480. Recogiendo los planteamientos del citado autor, SJS Sevilla (nº 4) 14 de mayo 2004 (AS 1865). Así pues, si la circunstancia es “previsible” no cabe acogerse al art. 39.2 TRET (SJS Castellón (nº 10) 9 de enero 2002, AS 408).

<sup>508</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, en cambio, sostiene que la expresión “necesidades perentorias o imprevisibles” constituye no sólo un límite causal sino también temporal. **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La nueva regulación de la movilidad funcional, op. cit.*, p. 108 y 109. No concurren causas perentorias ni imprevisibles que justifiquen un *ius variandi in peius* cuando los cambios están motivados por lo previsto en el pliego de condiciones (además de que los cambios propuestos tienen virtualidad permanente y no temporal). SJS Sevilla (nº 4) 14 de mayo 2004 (AS 1865). Tampoco concurre el requisito de imprevisibilidad cuando la empresa sostiene que el *ius variandi in peius* está basado en razones económicas continuadas desde hace ya tres años (STSJ País Vasco 27 de noviembre 2003, AS 4243).

<sup>509</sup> Deber que connota una cierta “procedimentalización” del ejercicio de esta facultad empresarial, sin que deba interpretarse como un elemento limitativo. **VALLE MUÑOZ**. *La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). *Ibidem*. Madrid, 1997, p. 72.

<sup>510</sup> En este caso, la doctrina entiende que el empresario no sólo debe informar sobre su decisión, sino que debe comunicar los motivos que le impulsan a realizar este cambio e incluso su potencial extensión temporal. **CONDE MARTÍN DE HIJAS**. *Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional, op. cit.*, p. 252 y 253. Los destinatarios de dicha comunicación debe ser la representación unitaria y la sindical. **GÁRATE CASTRO**. *La movilidad funcional (en torno al artículo 39), op. cit.*, p. 842; y **VALLE MUÑOZ**. *La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET, op. cit.*, p. 67 a 69.

los efectos derivados de la encomienda de funciones superiores<sup>511</sup>. Si bien es cierto que implícitamente está imponiendo un deber de información en ambos supuestos, pues de lo contrario, sería ciertamente difícil que se pudiera emitir dicho informe<sup>512</sup>; desde el punto de vista de la secuencia temporal, puede apreciarse una diferencia sustancial, pues, mientras que en el primer supuesto la comunicación está directamente vinculada a la decisión empresarial (pudiendo ser anterior o posterior<sup>513</sup>), en el segundo, está supeditada a otra decisión empresarial distinta, su negativa a reconocer los efectos de la encomienda de funciones superiores (y, por tanto, siempre posterior). Por consiguiente, el deber de información en este segundo supuesto no está vinculado al ejercicio del *ius variandi*, sino a una reclamación judicial (se trata de un requisito pre-procesal), previa negativa empresarial a reconocer determinados efectos del mismo<sup>514</sup>. En puridad, por tanto, el deber de información sólo es exigible en los supuestos del art. 39.2 TRET<sup>515</sup>.

- Para concluir, el menor rigor en el desequilibrio contractual exigido y la práctica inexistencia de formalidades (sólo un deber de información cuando se encomiendan funciones inferiores) evidencian el interés del Legislador por convertir al *ius variandi* en un verdadero instrumento de gestión ordinaria de la empresa (colocado en el estadio inferior de la lógica secuencial que inspira las facultades de alteración del empresario) frente a una tipología de riesgos muy determinada. No obstante, la “cotidianidad” perseguida por la norma, sólo queda matizada, precisamente, por la naturaleza transitoria del hecho sobrevenido desequilibrante (mostrándose más exigente cuando de lo que se trata es de encomendar funciones inferiores). En cualquier caso, poniendo de manifiesto una característica presente en todas las facultades de alteración reconocidas al empresario, la norma evidencia preocupantes lagunas e imprecisiones

---

<sup>511</sup> No obstante, un sector de la doctrina defiende que la redacción del art. 39.2 TRET permitiría afirmar que el deber de información no sólo es exigible en los supuestos de encomienda de funciones inferiores, sino también de funciones superiores. **SENRA BIEDMA**. *Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial*, op. cit., p. 318. **DEL REY GUANTER** afirma, por su parte, que “las únicas obligaciones del empresario respecto a la representación de los trabajadores en estos supuestos es la de ‘comunicación’ – art. 39.2 y 4 -, y no la consulta”. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 203.

<sup>512</sup> **VALLE MUÑOZ**. *La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET*, op. cit., p. 66.

<sup>513</sup> Defendiendo la posibilidad de que la comunicación pueda ser posterior a la decisión, **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit., p. 114; **GÁRATE CASTRO**. *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*, op. cit., p. 842; y **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 342. Abogando por la idoneidad de que la comunicación sea anterior para facilitar el control de los representantes de los trabajadores, **VALLE MUÑOZ**. *La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET*, op. cit., p. 70.

<sup>514</sup> **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit., p. 168. En este sentido, **VALLE MUÑOZ** afirma que la interpretación de este trámite debe realizarse desde una perspectiva jurídico-procesal. **VALLE MUÑOZ**. *La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET*, op. cit., p. 75. En cuanto a los destinatarios de la reclamación de dicho informe, el tiempo para su solicitud y el plazo para su expedición, forma y contenido *vid.* **VALLE MUÑOZ**, op. cit., p. 76 a 79.

<sup>515</sup> *Cfr.* **MARTÍNEZ ABASCAL**. *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op. cit., p. 113 y 114; y **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit., p. 168.

que, si bien, tienen una repercusión “limitada” en estas alternaciones de “menor intensidad”, a medida que se intensifica la importancia de alteración propuesta por el empresario, se incrementa las complicaciones y conflictos jurídicos. Lo que no deja de hacer un flaco favor a la configuración de la estabilidad en el empleo y, sobre todo, a la seguridad jurídica.

### 1.1.2.- *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.*

El art. 41 TRET posibilita que el empresario, más allá del ejercicio del poder de dirección, sin necesidad de acudir a la figura de la novación y, por tanto, “vulnerando” el principio *pacta sunt servanda*, pueda modificar sustancialmente las condiciones laborales pactadas cuando padezca un riesgo que exceda del *alea* normal previsto<sup>516</sup>. De este modo se pretende dar salida a una situación compleja, dado que si la novación fuera la única vía para adaptar las condiciones del contrato a las nuevas circunstancias, podría quedar amenazada la continuidad de la relación laboral. Esto es así porque, al no tratarse de una simple modalización de las prestaciones acordadas, el trabajador podría oponerse alegando el respeto a lo pactado y el empresario podría verse compelido a corto o medio plazo a la resolución<sup>517</sup>. En tanto que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, tiene proyección de *perpetuidad* y es humanamente imposible prever todos los potenciales riesgos que pueden afectarle se estima que el cauce previsto en el art. 41 TRET es el mecanismo más idóneo para sobreponerse a los desequilibrios sobrevenidos, propiciando su prolongación en el tiempo<sup>518</sup>.

En definitiva, se trata de un instrumento de flexibilidad frente a las rigideces de la lógica contractual, sin olvidar que al permitir al empleador “prescindir del contrato como marco que acota el trabajado a prestar”<sup>519</sup>, provoca, a su vez, un nuevo desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones. Motivo que tradicionalmente se ha empleado para legitimar la intervención administrativa en los supuestos de modificación contractual que exceden del poder de dirección del empresario y del *ius variandi*<sup>520</sup>. Sin embargo, desaparecida

---

<sup>516</sup> Sin ánimo de ser reiterativo, basta apuntar – brevemente - un par de cuestiones sumamente relevantes vinculadas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En cuanto a su fundamentación dogmática, me remito a lo expuesto con anterioridad, al analizar la excesiva onerosidad sobrevenida (donde, en síntesis, se descarta que el fundamento de dicho poder se halle directamente en el art. 38 CE, incardinándose en la perspectiva estrictamente contractual y vinculada al principio de estabilidad en el empleo – recuérdese que se trata de una facultad que también tienen reconocida los trabajadores en determinadas circunstancias). Por otra parte, debe tenerse presente que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe diferenciarse del poder de dirección del empresario y del *ius variandi* (*vid.* al respecto *supra*). Abogando por esta tesis en la doctrina *vid.*, entre otros, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 96; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 57; **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 53 a 57; **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 347 a 349.

<sup>517</sup> *Cfr.* **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *El ajuste de la noción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral (Comentario a la STSJ Murcia 15 de marzo 1986)*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1406).

<sup>518</sup> Aunque no conviene olvidar, siguiendo a GARCÍA MURCIA, que la estabilidad en las condiciones de realización del trabajo constituye uno de los bienes más preciados del trabajador, “no muy proclive seguramente a introducir alteraciones en su ritmo o modo de trabajo, y menos aún en su forma de vida, en su organización familiar o en sus relaciones sociales”; y pese a que puede redundar en su beneficio, lo cierto es que es probable que provoque más inconvenientes al trabajador que a la empresa. **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>519</sup> **ROMÁN DE LA TORRE**. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>520</sup> Como se sabe, hasta la reforma de 1994, la regulación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por excesiva onerosidad, ha ido paralela a la de la suspensión y de la resolución. Durante la vigencia del DCr<sup>44</sup> cualquier modificación contractual requería la previa autorización administrativa (art. 2 DCr<sup>44</sup>: “asimismo se



(prácticamente en su totalidad) la intervención administrativa previa desde 1994 y subsistente el desequilibrio derivado de la modificación sustancial, emerge un nuevo escenario en el que dicho desajuste es admitido ordinariamente porque la ruptura de lo acordado garantiza la continuidad de la relación laboral (se entiende que queda, por tanto, compensado)<sup>521</sup>. La relativización de la “fuerza vinculante del contrato de trabajo y la efectividad de los derechos de titularidad individual derivados del mismo”<sup>522</sup> es el precio que debe pagarse para salvaguardar la continuidad de la relación laboral. Sin duda, la identificación de la continuidad de la actividad de la organización productiva a la competitividad desemboca en este tipo de respuestas legales.

En este sentido, sin voluntad de reiterar una idea que ya se ha expuesto con anterioridad, debe recordarse que el fin de la alteración sustancial de lo acordado, en los términos en los que lo prevé la Ley, no reside en posibilitar la estabilidad en el empleo y *simultáneamente* “dar respuesta a las variables y sobrevenidas necesidades de adaptación de la prestación laboral debida a las cambiantes circunstancias de la economía, del mercado o de la producción”<sup>523</sup>. La secuencia, a nuestro entender, es otra. La adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas del mercado no puede entenderse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que, al posibilitar (*una determinada idea de salvaguarda de*) la continuidad de la actividad empresarial, garantiza la estabilidad en el empleo<sup>524</sup>. La superación del marco

---

requerirá, previa autorización para modificar, por cualquier concepto, las condiciones en que se desenvuelvan las relaciones laborales entre los elementos de la producción, tales como reducciones de plantilla, jornada de trabajo, establecimiento de turnos, o cualquier otra que implique alguna variación en el contrato de trabajo existente”). Régimen que posteriormente se suavizará tenuemente, pues, la autorización administrativa no es precisa cuando la empresa quisiera establecer “condiciones superiores a las generales y mínimas fijadas en las Reglamentaciones Laborales” – art. 1 Decreto 8 de junio 1956, sobre Aumentos colectivos de Trabajo, BOE 15 de junio 1956). Normativa que derogará los Decretos de Políticas de Salarios 16 de enero 1948 y 23 de octubre 1953, dirigidos a contener la inflación. El DPE’72, distinguiendo el ejercicio del poder de dirección de otras facultades modificatorias del empresario (art. 9.2), mantiene la autorización administrativa previa para la modificación de “las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales en la Empresa que impliquen variación en los contratos de trabajo” (art. 9.1). Por su parte, la LRL’76 mantendrá el mismo régimen aunque empleando la expresión “modificaciones sustanciales de su contenido [de las relaciones individuales de trabajo]”. El ET’80 también modificará el régimen jurídico precedente, pues, pese a emplear la expresión “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, se incluye un listado ejemplificativo de las modificaciones susceptibles de recibir la calificación de sustancial y, por ende, subsumibles en el régimen jurídico del art. 41 ET’80. Por otra parte, la autorización administrativa es preceptiva siempre que los representantes de los trabajadores no hubieran aceptado la propuesta modificatoria del empresario. Además, se reconoce a los trabajadores la facultad de resolver el contrato “si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (art. 41.3 ET’80), sin perjuicio de las facultades resolutorias previstas en el art. 50.1ª) ET’80. Posibilidad ya prevista en la LRL’76 pero sólo para la movilidad geográfica.

<sup>521</sup> Como afirma GOERLICH PESET, a partir de 1994, “de ser una rara avis se ha convertido en instrumento ordinario de gestión de los recursos humanos (...) [y], lógicamente, con ello se han incrementado los litigios sobre el particular con la consiguiente aparición de múltiples pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción social sobre el alcance del art. 41 ET y normas concordantes”. GOERLICH PESET. *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. ASoc nº 13, 2007, versión digital (BIB 2007\1694).

<sup>522</sup> RIVERO LAMAS. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41, op. cit.*, p. 880.

<sup>523</sup> LUJÁN ALCARAZ. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. ASoc nº 12, 2000, versión digital (BIB 2000\1466).

<sup>524</sup> O, como afirma MONTOYA MELGAR, el canon interpretativo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se centra en el “convencimiento de que el Derecho del Trabajo necesita empresarios (HANAU). No basta con proteger a los trabajadores; hay que proteger a las empresas, porque de otro modo no habría trabajadores”. MONTOYA MELGAR. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica del*

contractual, obligando al trabajador - siguiendo a ROMÁN DE LA TORRE<sup>525</sup> - a “realizar un trabajo fuera del ámbito y medidas en que lo contrató”, privándole del “único instrumento de garantía o de certeza respecto el nivel de exigencia de su deuda laboral”, en último término, sólo persigue la continuidad de la relación laboral.

Lo que no quiere decir que se admita sin restricción; sino que está sometida a ciertas limitaciones. Definiendo en su conjunto un determinado “estatuto protector del trabajador” que pasamos a analizar a continuación.

### ***1.1.2.1.- Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ ante la modificación unilateral del contrato.***

Dadas estas premisas, es lógico que el Legislador trate de acotar esta facultad empresarial, especialmente, porque el “*chantaje*” de la mera conveniencia empresarial obligando a la aceptación del cambio, so pena de quebrar la estabilidad en el empleo es un peligro constante<sup>526</sup>. Monitorización plasmada en la exigencia de un riesgo que objetivamente exceda del *alea* normal y en el cumplimiento de determinados requisitos de forma. Lo que en último

---

*Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial.* ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\122). *Vid.* también **PEDRAJAS MORENO.** *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 363.

<sup>525</sup> **ROMÁN DE LA TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>526</sup> De hecho, para un sector autorizado de la doctrina (**CRUZ VILLALÓN.** *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 159), constituye el reconocimiento legal de una *denuncia modificativa impropia*, pues, se trata de un mecanismo que permite al empresario forzar al trabajador para que acepte los cambios, a sabiendas de que si no se aquieta perderá su empleo. La denuncia modificativa puede definirse, siguiendo a CRUZ VILLALÓN, como “un negocio jurídico, mixto, por el que el empresario a un mismo tiempo ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo y, de forma coetánea, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación laboral, si éste acepta modificar las condiciones de cumplimiento de la prestación debida. Constituye una fórmula por la que el empleador fuerza a la otra parte a aceptar la modificación de las condiciones laborales, bajo el apercibimiento de que en caso contrario, lo despedirá”. **CRUZ VILLALÓN.** *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 422. Tesis que no puede aceptarse, pues, jurídicamente se exterioriza como el ejercicio de una facultad empresarial, derivada de un exceso en el *alea* normal previsto, comunicando al trabajador una alteración de las condiciones de trabajo, sin que el empleador deba formalizar una denuncia contractual. En términos similares, **ROMÁN DE LA TORRE.** *Poder de dirección y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 99 y ss; y *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales.* Comares. Granada, 2000, p. 163; **BLASCO PELLICER.** *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo.* RL 1995 - I, nota 23, p. 571; **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital); **DE SOTO RIOJA.** *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento.* ASoc nº 9, 2003, versión digital (BIB 2003\1006); y **RIVERO LAMAS.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41*, *op. cit.*, p. 866. Y, en el caso de que el trabajador decida extinguir la relación, se entiende como una decisión unilateral suya, adoptada a iniciativa propia, que puede realizar directamente, sin necesidad de hacerla efectiva a través de un pronunciamiento judicial. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406): “opera por voluntad del trabajador mediante la comunicación al empresario de su opción por la extinción del contrato, estando aquél facultado para rescindir unilateralmente el vínculo contractual sin esperar a que decida el órgano judicial, quedando extinguido el contrato desde el momento en que el trabajador comunique al empresario su *opción rescisoria*” [la cursiva es nuestra]. *Vid.* también, STSJ Castilla y León (Valladolid) 25 de noviembre 1997 (AS 3982), *cit.* **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, nota 454, p. 223 y 224. En términos similares en la doctrina, **BEJARANO HERNÁNDEZ.** *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 17.

término, también implica el reconocimiento implícito de que la continuidad del contrato de trabajo no puede mantenerse a cualquier precio.

Sin perjuicio de lo que se expondrá con posterioridad<sup>527</sup>, el ejercicio de esta facultad empresarial bascula esencialmente sobre el concepto de *sustancialidad* de la alteración de la prestación. Parámetro básico en tanto que describe (antes de la evaluación del riesgo) el abanico de posibilidades de que dispone el empresario, precipitando consiguientemente respuestas legislativas diferenciadas. Aceptada la distinción entre el poder de dirección y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO, una interpretación más restrictiva del concepto de cambio sustancial “significaría a su vez una ampliación del poder de dirección y por ello una menor necesidad de la utilización de facultades “extraordinarias”, como el “*ius variandi*” [y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo – añadimos], cuya cabida es allí donde precisamente el propio poder de dirección resultase insuficiente”<sup>528</sup>. En otros términos, si la modificación pretendida no es calificable como sustancial (en la terminología del TS, “simples modificaciones accidentales”<sup>529</sup>), el empresario, como derivación de su poder de dirección, puede modalizar el contenido de las prestaciones convenidas a su arbitrio (*ex arts. 5.c y 20 TRET*), sin estar sujeto a la alegación y prueba de un desequilibrio contractual previo ni, por supuesto, al cumplimiento de los estrictos trámites procedimentales establecidos para su ejercicio. Desde esta perspectiva, es lógico pensar que desde determinados sectores se “presione” para expandir el ámbito de aplicación del poder de dirección, construyendo la órbita de lo que deba entenderse como cambios “sustanciales”<sup>530</sup>.

Desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, la sustancialidad o no de la alteración proyectada dibuja espacios conceptualmente distintos. Mientras que el poder de dirección manifestado en la facultad de modalizar la prestación laboral del trabajador, en principio, no pone en peligro la continuidad de la relación laboral, porque precisamente es una proyección del respeto de lo pactado, procediéndose a una *simple* especificación; la facultad de

---

<sup>527</sup> Vid. Epígrafe I del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>528</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La movilidad del trabajador dentro de la empresa*, op. cit., p. 28 y 26.

<sup>529</sup> STS 3 de diciembre 1987 (RJ 8822).

<sup>530</sup> Poder de dirección que a partir de la reforma de 1994 se ha extendido a través de la movilidad funcional, y concretamente mediante la preferencia, en el ámbito de la clasificación profesional, a la noción de “grupo profesional” (art. 22 TRET). Régimen que se ha visto intensificando sustancialmente mediante la introducción de conceptos complementarios, como el de “categorías equivalentes” y el de “polivalencia funcional”, que dilatan enormemente las posibilidades de asignación y cambio de funciones. GARCÍA MURCIA. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 90.

Además, la propia descripción de la facultad de modificación unilateral dibuja un espacio de actuación extraordinariamente extenso, pues, como se analizará, la descripción imprecisa de la intensidad del desequilibrio exigido para justificar la alteración de lo pactado y la configuración de un control judicial *ex post* en base a un juicio de oportunidad, permiten que (siguiendo el planteamiento de DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 216) el empresario se sustraiga de lo acordado si demuestra mínimamente la concurrencia de un riesgo que excede del *alea* normal, respondiendo mínimamente a parámetros objetivos y la medida propuesta es mínimamente necesaria en orden a garantizar la competitividad de la organización productiva.

sustraerse del marco del contrato, partiendo de un escenario que, de mantenerse, podría desembocar a corto o medio plazo en la ruptura sobrevenida del contrato, se erige en un instrumento para alcanzar precisamente la continuidad del negocio jurídico. Circunstancias que evidencia la existencia de sistemas de protección de intensidad diferenciada, pues, mientras que en el ejercicio del poder de dirección es el propio marco contractual el que protege al trabajador, la modificación sustancial conlleva precisamente una relativización de su fuerza vinculante, pues, el empresario está capacitado para sustraerse de su contenido imponiendo nuevas condiciones, sin necesidad del concurso del trabajador. Por este motivo, debe tratarse de acotar el nuevo espacio en el que se desarrollará la relación laboral más allá del marco contractual originario.

De todos modos, y dejando al margen los supuestos en los que la propuesta empresarial modificatoria requiera el acuerdo con los representantes de los trabajadores, la facultad reconocida al empresario es ciertamente amplia, hasta el extremo de que dentro del espacio de los cambios *meramente* sustanciales, la posición del trabajador se debilita notablemente. En tanto que el marco contractual no es suficiente para contener la *propuesta* modificatoria empresarial, se coloca al trabajador en una encrucijada: o acepta el nuevo marco contractual (a sabiendas que puede ser alterado de nuevo) o pierde el empleo. Solución, en cierto sentido lógica, desde la perspectiva *de la estabilidad en el empleo que promueve el Legislador*, pues, si el empresario sólo está facultado para alterar lo pactado si con ello se posibilita la estabilidad en el empleo a través de la salvaguarda de la continuidad de la organización productiva (de su competitividad), el trabajador se ve compelido a aceptarla, porque su negativa (defendiendo el respeto a lo pactado) la pondría en peligro. En definitiva, el modelo opera conforme a la lógica del mal menor, aunque a costa del estatuto del trabajador, que acaba siendo víctima de su propia necesidad, pues, tiene que aceptar todos los cambios (con toda probabilidad *in peius*), a fin de mantener su empleo. Situación que refleja el efecto, a nuestro entender, perverso (y, en apariencia, inevitable) de la idea de la competitividad, sin la que - *se estima* - que la salvaguarda de la continuidad de la actividad productiva no es posible.

Con el fin de paliar el *dramatismo y crudeza* de este escenario, el ordenamiento jurídico responde configurando un “estatuto protector del trabajador afectado”<sup>531</sup>, asentado en cinco pilares fundamentales: (1.1.2.1.1.-) La exigencia de la sustancialidad de la modificación propuesta; (1.1.2.1.2.-) La concurrencia de un desequilibrio contractual previo que exceda del *alea* normal previsto; (1.1.2.1.3.-) El cumplimiento de ciertos trámites procedimentales dirigidos a monitorizar la actuación empresarial; (1.1.2.1.4.-) La necesidad (en supuestos tasados) de compensar económicamente al trabajador como una medida, hasta cierto punto, disuasiva; y (1.1.2.1.5.-) La posible declaración judicial de improcedencia o nulidad de la decisión

---

<sup>531</sup> GARCÍA MURCIA. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 92.

empresarial si no se cumple el contenido de la norma. Veamos a continuación cada uno de estos elementos.

#### **1.1.2.1.1.- Condiciones de trabajo modificables.**

La “sustancialidad” no sólo describe un espacio de actuación empresarial, sino que, de algún modo, también lo acota. En efecto, el límite de esta facultad empresarial se encuentra en la modificación del propio objeto de la relación obligacional, esto es, en las alteraciones de tal intensidad que signifiquen la sustitución del contrato por otro<sup>532</sup> y en el respecto a la dignidad y la formación profesional (aunque estos elementos no aseguren la continuidad del contrato). Fuera de estos supuestos, y sin entrar a evaluar el desequilibrio contractual y el cumplimiento del procedimiento establecido, la capacidad del trabajador para mantener el marco contractual pactado es ciertamente limitada. En definitiva, este modelo no hace más que redefinir los mecanismos de protección de que dispone el trabajador, paradójicamente, en aras a la protección de la estabilidad en el empleo. En concreto, se difiere de la operatividad de la protección que la lógica de la novación confiere al trabajador (esto es, la negativa a aceptar el cambio), desplazándola a aquellas situaciones en las que la propuesta empresarial excede de lo que se entiende como alteración sustancial para entrar en el ámbito de la sustitución del contrato por otro<sup>533</sup>. En definitiva, el sistema jurídico proyecta la idea de que bajo el paraguas de la estabilidad en el empleo no toda modificación es posible (o socialmente asumible).

Luego, vista sintéticamente toda la secuencia, la diferenciación entre un cambio sustancial de lo que no lo es, constituye el nudo gordiano de la delimitación de las facultades empresariales de *adaptación* unilateral del contrato<sup>534</sup>. O, en otros términos, conviene tratar de diferenciar lo sustancial de las meras especificaciones de la relación laboral (*por abajo*) y de las transformaciones del objeto de la relación obligacional (*por arriba*)<sup>535</sup>. Así como las

---

<sup>532</sup> VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 192 a 194.

<sup>533</sup> “La modificación, por el propio significado semántico de la palabra, es siempre una alteración parcial que no afecta a la existencia de lo modificado”. CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 125.

<sup>534</sup> Si se conviene que el empleo término “sustancial” por el legislador pretende establecer una distinción entre la especificación o concreción y la modificación, en puridad debe entenderse, siguiendo a LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, que “no existe modificación sustancial de condiciones, sino sólo la simple modificación, o lo que es lo mismo: la modificación o es sustancial o no es modificación”. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 138. En términos similares, ROJAS RIVERO. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, op. cit., p. 16.

<sup>535</sup> La transformación del contrato – cambio de régimen contractual – no esté amparada en el art. 41 TRET (por ejemplo la conversión de un contrato común a un contrato a domicilio - STS 11 de abril 2005, RJ 4060; o bien, con anterioridad a la reforma de 2001, la conversión de un contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial). Defendiendo la posibilidad de convertir un contrato de jornada completa a uno a tiempo parcial a través del art. 41 TRET, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y RIERA VAYREDA. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales*, op. cit., p. 1110 y 111.

modificaciones derivadas de los cambios normativos externos al contrato de trabajo<sup>536</sup>; y las que tienen su origen en un pacto novatorio<sup>537</sup>.

Pese a que este no sea el lugar indicado para realizar un estudio exhaustivo sobre el concepto de ‘sustancialidad’ ni de los conflictos jurídicos que genera, por exceder del objeto de este estudio y por existir un extenso tratamiento doctrinal al respecto, sí parece adecuado tratar siquiera someramente ciertos aspectos relevantes de su conceptualización, dada su implicación con la estabilidad en el empleo. La lectura del art. 41 TRET al respecto no resulta, en absoluto, clarificadora, pues, no sólo deja en el aire cuáles son esas concretas condiciones laborales cuya variación se puede considerar como ‘sustancial’, sino que tampoco determina en qué grado tienen que ser éstas alteradas para poder entender que han sido reformadas sustancialmente<sup>538</sup>. Así pues, ante la desatención (expresa) del Legislador, estos parámetros han tenido que ser dotados de contenido por la jurisprudencia<sup>539</sup>. Sin que pueda apreciarse un excesivo desvío interpretativo en su definición, con respecto al criterio mantenido con anterioridad a 1994, en tanto que se han asumido gran parte de los planteamientos jurisprudenciales vertidos durante la vigencia del ET<sup>80</sup><sup>540</sup>.

---

<sup>536</sup> Entre otras, STS 15 de marzo 2002 (RJ 5987).

<sup>537</sup> Aunque esta posibilidad no está exenta de problemas. Pues, en la medida que este mecanismo puede suplantar la función reguladora atribuida a la negociación colectiva, se halla fuertemente limitado. Es decir, el empresario a través de acuerdos formalmente individuales con cada trabajador puede tratar de introducir condiciones de alcance colectivo (autonomía individual en masa). Si se permitiera de un modo generalizado estas prácticas, se dejaría en un segundo plano la regulación contenida en el Convenio Colectivo, en perjuicio de la función uniformizadora de las condiciones de trabajo que desarrolla. Por este motivo, aunque este ofrecimiento en masa suponga el reconocimiento de condiciones más favorables para el trabajador y éste las acepte expresamente, su ejercicio se halla restringido. Concretamente se exige: 1.- Que la mejora respete la configuración y los perfiles de la regulación del Convenio aplicable. Puede afectar a cuestiones no reguladas en el Convenio, pero si afecta a cuestiones relativas al propio sistema de la negociación colectiva, el empresario antes de ofrecer la mejora debe negociar con los representantes de los trabajadores; y 2.- El ofrecimiento individual en masa sólo es viable si se limita a mejorar cuantitativamente las condiciones laborales de los trabajadores. Por lo tanto, son ilegales las conductas individuales que sustituyan el régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto. *Vid.* al respecto, entre otras, la STC 26 de noviembre 2001, nº 225 (RTC 225).

<sup>538</sup> STSJ Madrid 14 de marzo 2005 (AS 769).

<sup>539</sup> Con anterioridad, como recoge LUJÁN ALCARÁZ, “el carácter sustancial de la modificación se refiere a que la misma ‘afecta a lo esencial’, a la ‘propia y básica naturaleza’ de la condición del trabajo (STS 8 de febrero 1993, RJ 749), ya porque el cambio produce ‘una transformación en la (misma) de tal índole que (queda) desdibujada en sus contornos’ (STS 15 de marzo 1990, RJ 3087), ya porque introduce una mayor onerosidad en las prestaciones del trabajador (STS [C-A] 21 de marzo 1989, RJ 2111), o ya porque, simplemente, altera la estructura personal y familiar con que el trabajador tiene organizada su vida (STS 23 de abril 1985, RJ 1907)”. LUJÁN ALCARÁZ. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.* (versión digital). *Vid.* al respecto también, entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 226 y ss.; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y RIERA VAYREDA. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 1108.

<sup>540</sup> CRUZ VILLALÓN, citado por VALLEJO DACOSTA, afirma en este sentido, que “el cambio legislativo operado por la reforma de 1994, no ha incidido negativamente en el criterio de la jurisprudencia al extremo que obligue a su reconsideración”. VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 197. De todos modos, en opinión de GOERLICH PESET, recientemente la doctrina legal ha corregido el rumbo, aunque de manera poco apreciable, adoptando una concepción más fisiológica de la modificación, referida únicamente a la condición. Por ejemplo, la STS 9 de abril 2001 (RJ 5112). GOERLICH PESET. *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. ASoc nº 13, 2007, versión digital (BIB 2007\1694). Autor que siguiendo la STS 22 de septiembre 2003 (RJ 7308), categoriza los criterios de calificación de las modificaciones en tres: “los de orden cuantitativo, vinculados a la ‘entidad del cambio’; los de naturaleza cualitativa, relacionados con el daño que produce en la esfera jurídica del trabajador; y, por último, los vinculados al ‘contexto convencional e

En cuanto a las concretas condiciones susceptibles de modificación, conviene hacer una distinción según la fuente de las obligaciones de la que emanen. Si se trata de modificar las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario (*ex* Título III TRET), el listado del art. 41.2.3º TRET debe entenderse como cerrado<sup>541</sup>. Sin posibilidad de que las partes negocien sobre materias distintas, ni siquiera por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores<sup>542</sup>. Sin perjuicio, por otra parte, de la existencia de otros

---

individual', de carácter un tanto nebuloso". Advirtiendo, en todo caso, que "se trata de criterios generales, que deben ser objeto de una valoración conjunta en cada caso concreto".

<sup>541</sup> STS 11 de mayo 2004 (RJ 5157): el art. 41.2 TRET "facilita la modificación mediante acuerdos colectivos de empresa pactados con los representantes de los trabajadores de determinadas condiciones de trabajo -'horario', 'régimen de trabajo a turnos', 'sistema de remuneración', 'sistema de trabajo y rendimiento'- establecidas en convenios colectivos de eficacia general de ámbito supraempresarial. Desde el punto de vista técnico-jurídico, el precepto reproducido es, como ha señalado la doctrina científica, una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas, que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a éstos preferencia aplicativa sobre aquéllos". En términos similares, SSTS 27 de enero 2003 (RJ 3626); 11 de mayo 1999 (RJ 4721); y STSJ Cataluña 25 de junio 1998 (AS 3166). Criterio seguido por la doctrina de forma mayoritaria, **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 126; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 64; **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 209; **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *El ajuste de la noción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral (Comentario a la STSJ Murcia 15 de marzo 1986)*, *op. cit.* (versión digital); **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos modificadorios de condiciones de trabajo*. RL 1996 - II, p. 363; **ALFONSO MELLADO**, **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*. RL 1995 - I, p. 1398, 1400 y 1401; **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, nota 167, p. 71; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 157.

El carácter cerrado de esta enumeración ha sido interpretado como un intento del Legislador de "facilitar la adaptación, por un lado, de aquellas condiciones de trabajo que tienen una dimensión más profundamente organizativa (horario, sistema de trabajo a turnos, sistema de trabajo y rendimiento y sistema de remuneración), intentando con ello hacer frente 'al riesgo de la pérdida de la eficiencia de la empresa'; y, por otro, de los contenidos salariales de la relación laboral (descuelgue salarial)". **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*. CES. Madrid, 2000, p. 132. Para **VALDEOLIVAS GARCÍA**, se trata de materias que tienen que ver con la organización del sistema productivo y con los propios poderes de ordenación y dirección del trabajo dentro del concreto lugar de la prestación; además, difícilmente pueden preverse en el momento de la negociación. Por otra parte, según la citada autora, se trata de materias que no tienen incidencia sobre los derechos económicos del sujeto afectado. **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*. CES. Madrid, 1996, p. 101 a 105.

<sup>542</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En "La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo". (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, p. 323; **CAMPS RUIZ**. *Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales*, *op. cit.*, p. 209; y *La modificación de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 63; y **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, *op. cit.*, p. 93. Sin que pueda admitirse que respecto del resto de materias no enumeradas no sea necesaria la existencia de un acuerdo como apuntan la STSJ Cataluña 13 de febrero 1998 (AS 579). No obstante, se ha afirmado que esta limitación de materias opera en ausencia de previsión en contrario por parte del propio convenio colectivo estatutario objeto de alteración. **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 126. Para **ROMÁN DE LA TORRE**, "la posibilidad de que el convenio colectivo estatutario disponga la modificabilidad por acuerdo de empresa de ciertas condiciones de trabajo diferentes de las que el Legislador ha incorporado al art. 41.2 ET, constituye una cuestión en buena medida ajena a la problemática del precepto, toda vez que se presupone en todo momento la autonomía de los sujetos colectivos para convenir libremente, siempre que se respeten las disposiciones legales y, en su caso, los derechos del trabajador". Por tanto, "la ampliación de las condiciones modificables, no cuenta, en este sentido, ni con el apoyo ni con la prohibición expresa de la Ley y, consecuentemente, se somete a la autonomía de los negociadores en la defensa y regulación de sus respectivos intereses". **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 71. En términos similares, **RIVERO LAMAS**. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*. En "Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo". CDJ XXV. 1996, p. 265; **ALFONSO MELLADO**, **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*, *op. cit.*, p. 1404; **GALA DURÁN**. *Modificación sustancial de condiciones y cuantía salarial*, *op. cit.* (versión digital); **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*

preceptos del TRET que recogen, evidenciando una clara asistematicidad, la posibilidad de modificar sustancialmente distintas condiciones laborales previstas en un convenio colectivo estatutario: descuelgue salarial (arts. 82.3.2º y 85.3.c TRET) y movilidad funcional (art. 39.5 TRET)<sup>543</sup>, dado que se entiende que el art. 41.2 TRET es “una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas”<sup>544</sup>. Sin embargo, un sector de la doctrina judicial ha relativizado sustancialmente la naturaleza *cerrada* de este listado<sup>545</sup>. Aunque también pueden mencionarse pronunciamientos judiciales que, con mejor doctrina a nuestro modo de ver, respetan el contenido de la Ley<sup>546</sup>.

En cambio, si las condiciones que se pretenden modificar no se desprenden de dicha fuente normativa, el tratamiento es distinto. Al igual que con anterioridad a 1994<sup>547</sup>, pese a que de la lectura del art. 41.1 TRET pudiera entenderse que sólo constituyen materias modificables las listadas expresamente<sup>548</sup>, la jurisprudencia sostiene que el art. 41.1 ET contiene una relación

---

*cit.*, p. 157; **LUJÁN ALCARAZ**. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.* (versión digital); **GARCÍA MURCIA**. *Los acuerdos de empresa*. CES. Madrid, 1998, p. 252; y **RIVERO LAMAS**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41, op. cit.*, p. 877. Afirmación que debe rebatirse, pues, el Legislador cuando ha querido dispositivizar el régimen jurídico de alguna institución así lo ha especificado, habiéndolo hecho expresamente para las modificaciones funcionales. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 363 y 364; **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 379; y **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 91. Sin que, por consiguiente, pueda aceptarse el argumento, esgrimido por SUÁREZ GONZÁLEZ – que lo obtiene de VIDA SORIA –, de que “como la movilidad funcional es una de las materias incluidas en el art. 41.1 ‘no se entiende que pueda haber ninguna razón para que las otras materias... tengan que tener un tratamiento distinto, siendo así que todas están sometidas al mismo régimen jurídico-laboral (el del artículo 41 precisamente)”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital). Por otra parte, en alguna ocasión los Convenios Colectivos tratan de especificar lo que debe entenderse por modificación sustancial, lo que en ocasiones se traduce en una ampliación del listado de las materias legalmente establecidas. Por ejemplo, se afirma que la introducción de una jornada irregular en los centros que no la tuvieran establecida tendrá la consideración de modificación sustancial (CCOL – Estatal - Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales, BOE 29 de julio 2005, RCL 1587). En otros supuestos se declara que la introducción de la jornada irregular es una facultad unilateral de la empresa sin que tenga la consideración de modificación sustancial (CCOL – Estatal – Industrias Cárnicas, BOE 28 de febrero 2005, RCL 383).

<sup>543</sup> Una crítica a la sistemática del art. 41 TRET, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996, p. 218 y ss.

<sup>544</sup> STS 11 de mayo 2004 (RJ 5157). En la doctrina, **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 131 y 132. Aunque se ha precisado que no sólo “se trata de un supuesto de concurrencia permitida por la Ley, sino más aún, a una ocasión de ruptura del convenio por un cauce que en principio tiene asignada una posición inferior en el sistema de fuentes de regulación de las condiciones de trabajo”. **GARCÍA MURCIA**. *Las limitaciones colectivas a las modificaciones del contrato de trabajo (el papel de los acuerdos de empresa)*. En “Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima”. Comares. Granada, 2002, p. 14.

<sup>545</sup> Por ejemplo, SSTSJ Castilla La Mancha 11 de diciembre 2003 (AS 2004\467); Cataluña 26 de noviembre 1999 (AS 3968); 12 de abril 1999 (AS 2004); 9 de marzo 1999 (AS 385); y Madrid 18 de mayo 2005 (AS 1352).

<sup>546</sup> Por ejemplo, las SSTSJ Cataluña 30 de enero 2001 (JUR 102012); Cantabria 15 de enero 1999 (AS 422); Aragón 2 de octubre 2004 (AS 1892); Castilla y León (Valladolid) 1 y 14 de octubre 2002 (AS 3129 y 3218); y Extremadura 29 de abril 2002 (AS 2155).

<sup>547</sup> SSTS 3 de diciembre 1987 (RJ 8822); 3 de abril 1995 (RJ 2905). En la doctrina, *vid.* **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 136; **RIVERO LAMAS**. *La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y jurisprudencial*. AL 1989 - II, p. 338.

<sup>548</sup> Como se sabe, jornada, horario, régimen de turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y las funciones cuando excedan de los límites que prevé el artículo 39 TRET. Una definición detallada de cada una de ellas, entre otros, en **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 98 y ss; y **RIVERO LAMAS**. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, op. cit.*, p. 263 y ss.



de materias de carácter abierto, y que el listado sólo opera *ad exemplum*<sup>549</sup>. Afirmándose que no están todas las que son, ni son todas las que están<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> El inciso “entre otras” así lo corrobora. En este sentido, la STS 27 de enero 2003 (RJ 3626), afirma que la relación de materias del art. 41 TRET no tiene “carácter cerrado y exhaustivo, pues esta interpretación iría en contra de la expresión ‘entre otras’, que precede al catálogo legal y que parecen indicar la existencia de un ‘numerus apertus’, respecto a materias conexas con las legalmente individualizadas”. Por consiguiente, “cualquier condición de trabajo puede serlo, toda vez que el listado que proporciona el artículo 41.1 ET, referido a la jornada de trabajo, al horario, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración, al sistema de trabajo y rendimiento y a las funciones, cuando excede de los límites de la movilidad funcional, es sólo ejemplar, esto es, no es una lista cerrada sino abierta, como se aprecia de la lectura del primer párrafo del precepto precitado”. STSJ Comunidad Valenciana 31 de mayo 2005 (AS 2471). *Vid.* también, SSTS 11 de febrero 1997 (RJ 9163); y 20 de abril 1999 (RJ 4838). Criterio seguido unánimemente por la doctrina, por todos, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 313.

<sup>550</sup> **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 121; **CAMPS RUIZ**. *La modificación de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 54; y **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 366. Una crítica a la técnica legislativa empleada, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital). Por consiguiente, conviene tratar de averiguar el motivo por el que el Legislador ha listado esas determinadas materias para tratar de completar el contenido de la expresión “entre otras”; o bien, descifrar el tipo de condiciones a que se refiere al emplear la expresión “condiciones de trabajo”. En tanto que no hay elementos de análisis suficientes que nos permitan averiguar los motivos por los que se han listado esas específicas materias y no otras, sólo cabe acudir a la segunda alternativa, sin que la doctrina mantenga un criterio uniforme al respecto. Como premisa de partida, la doctrina *inslaboralista* ha descartado que pueda exportarse la lógica civil que distingue entre las obligaciones principales y las obligaciones accesorias, por la dificultad de diferenciar entre una condición principal y otra accesorias (Recogiendo este planteamiento de RIVERO LAMAS, **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 193). Otro sector (**LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 131) defiende que, en tanto que de cualquier definición puede derivarse “una abstracción engañosa por ser restrictiva en unos casos y excesivamente amplia en otros, parece más oportuno renunciar a todo intento de definición, considerándolo vano de antemano” (Motivo por el que entiende que resulta más adecuado proceder a una delimitación negativa, señalando las condiciones de trabajo que no son susceptibles de modificación). Finalmente, otros autores afirman que dicha definición es posible, no debiéndose entender por dicha expresión sólo “los elementos que determinan la prestación básica de ambas partes (trabajar y retribuir el trabajo), en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento”. **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, *op. cit.*, p. 222. Comparte este criterio, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 85 y 86. Lo importante, siguiendo a **VALLEJO DACOSTA**, es que se trate de condiciones que se encuentren incorporadas al nexo contractual, aunque no se trate de condiciones de trabajo propiamente dichas, la que afecte a cualquier otra condición de trabajo. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 194 y 195; y **LUJÁN ALCARAZ**. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.* (versión digital). En tanto que la sustancialidad no es exigible de la condición de trabajo sino de la modificación, como ‘modificación sustancial’ también debe considerarse, siempre que en efecto fuese sustancial (por consiguiente, debe entenderse que “no existen condiciones sustanciales y accidentales, sino modificaciones sustanciales o accidentales de las condiciones de trabajo”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital). En este sentido la jurisprudencia y la doctrina judicial han afirmado que “no todas modificaciones a las que alude el transcrito artículo 41.1 TRET pueden considerarse siempre y en todo caso como sustanciales, sino que habrá que atender a cada caso concreto para poder valorar la graduación o intensidad de la misma, a fin de distinguir las verdaderas modificaciones sustanciales de los meros cambios accesorios e insignificantes”. STSJ La Rioja 1 de junio 2000 (AS 2641), que cita entre otras, las SSTS 3 de abril 1995 (RJ 2905); 11 de diciembre 1997 (RJ 9163); y 22 de junio 1998 (RJ 5703); y SSTSJ Cataluña 14 de enero 1998 (AS 5097); Castilla-La Mancha 16 de junio 1995 (AS 2592); y 23 de octubre 1998 (AS 3970); Cantabria, de 17 de enero 1995 (AS 200); Murcia 15 de marzo 1996 (AS 579); y Andalucía (Granada) 11 de enero 1999 (AS 499)”. Ahora bien, si la modificación afectase al “objeto de la obligación, es decir, a la prestación debida o al ‘comportamiento o conducta que debe llevar a cabo el deudor y que tiene derecho a exigir el acreedor’, tal modificación sólo puede llevarse a cabo de forma cuantitativa y no cualitativa”, pues, de otro modo se estaría procediendo a la sustitución de una prestación por otra. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 194 y 195. Por lo que debe tenerse presente que el art. 41 TRET “se aplica a ‘las condiciones de trabajo’, entendidas como los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero que no alcanza a ‘las condiciones de empleo’, que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes” (STS 11 de abril 2005, RJ 4060). En la doctrina *vid.*, **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 197 y 198; **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 131 y 132.

En cuanto a la delimitación de la expresión “modificación sustancial”, cabe apuntar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que plantea numerosos conflictos interpretativos. Lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que se trata de la “laguna más perturbadora del precepto”<sup>551</sup>. Pese a estas dificultades, se ha tratado de precisar su contenido, al menos, a través de una delimitación negativa. Así, aunque no exista unanimidad al respecto, se descarta que la idea de *sustancialidad* de la modificación haga referencia a las condiciones esenciales o principales de la contratación, pues ello justificaría que las condiciones accesorias formarían parte del poder de dirección o especificación del empresario<sup>552</sup>. Por otra parte, tal y como se deriva a *sensu contrario* del art. 41.3 TRET, tampoco puede venir delimitada por los eventuales perjuicios causados al trabajador, por lo que no forman parte del concepto de sustancialidad<sup>553</sup>.

Derivado de lo anterior, la sustancialidad, ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia, debe afectar a la modificación en sí misma, y no meramente a la condición modificada<sup>554</sup>. Lo importante es, por tanto, la naturaleza o el carácter de la modificación, su sustancialidad, y no tanto el tipo de condición objeto de modificación<sup>555</sup>. Aunque, a los efectos de la resolución indemnizada, este factor tiene una importancia capital.

De todos modos, la propia regulación normativa no contribuye en exceso a clarificar estas cuestiones, dado que el art. 7.6 LISOS, al regular la posible infracción de estas normas, habla de “modificación de condiciones sustanciales”. Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a defender que pese que la rotulación del art. 41 TRET aplica formalmente la cualidad de “sustancial” a la modificación, seguramente esa misma característica también sea exigible para la condición afectada<sup>556</sup>. Por lo que, como afirma LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “para la

---

<sup>551</sup> **LUJÁN ALCARAZ**. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit. (versión digital). *Vid.* también, **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *El ajuste de la noción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral (Comentario a la STSJ Murcia 15 de marzo 1986)*, op. cit. (versión digital).

<sup>552</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 197. Aunque como afirma la citada autora, “el concepto legal de modificaciones sustanciales se continúa construyendo en la LET a partir del criterio que se refiere a la clase de condición modificada más que a la entidad o importancia de la modificación” (p. 197).

<sup>553</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 313 y 314. Al respecto, también, **CRUZ VILLALÓN**. *La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). *Ibidem*. Madrid, 1997, p. 155; **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 199; **BLASCO PELLICER**. *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 568; **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 122 y 123; **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 367; **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, op. cit., p. 90; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 100 a 103. En contra, **RIVERO LAMAS**. *La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y jurisprudencial*, op. cit., p. 338.

<sup>554</sup> Entre otras, SSTS 22 de septiembre 2003 (RJ 7308); y 9 de abril 2001 (RJ 5112).

<sup>555</sup> **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 121 y 122; y **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 197.

<sup>556</sup> **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 94. En el polo opuesto, en alguna ocasión la jurisprudencia también ha admitido que la modificación que recaiga sobre una de las materias listadas es siempre sustancial. Por ejemplo, SSTS 15 de marzo y 29 de noviembre 1991 (RJ 1861 y 8833).

configuración de una determinada modificación como sustancial o no sustancial ciertamente habrá que atender a la materia sobre la que verse la condición modificada, pero sobre todo a la entidad misma de la modificación desde la doble perspectiva de su importancia cualitativa y de su alcance temporal”<sup>557</sup>.

En cualquier caso, en tanto que lo sustancial es un concepto jurídico indeterminado, su concreción sólo puede venir delimitada a través de la casuística judicial<sup>558</sup>. Así, según la STS 22 de junio 1998<sup>559</sup>, que cita, a su vez, la STS 3 de diciembre 1987<sup>560</sup> por modificación sustancial hay que entender “las que sean de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral en términos tales que pasen a ser otros de modo notorio”<sup>561</sup>. Sin que pueda admitirse una modificación que implique la sustitución de un contrato por otro<sup>562</sup>.

#### **1.1.2.1.2.- Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.**

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo constituye, a los ojos del Legislador, una de las medidas más importantes para la conservación del negocio jurídico. A pesar de ello, se trata de una medida extraordinaria. Extremo que pone de manifiesto que esta institución se halla inmersa en una encrucijada, ya que, mientras que se aboga por su interpretación restrictiva, dada su naturaleza excepcional<sup>563</sup>, la modificación de las condiciones de trabajo se inscribe en el marco de lo que el Tribunal Constitucional ha calificado como “actuación ordinaria de gestión de los recursos humanos en la empresa”<sup>564</sup>. Expresión que,

---

**SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 100 a 102.*

<sup>557</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit., p. 314.* En términos similares, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 100 a 102.* Autora que siguiendo a VALDEOLIVAS GARCÍA, entiende que el listado establecido en la norma viene a describir un primer indicio de sustancialidad, al tratarse de materias cuya modificación normalmente será esencial, pero no dejaría de ser una mera ‘pista’, necesitada de confirmación en cada caso concreto” (p. 102).

<sup>558</sup> “Inaprehensible” en opinión de SUÁREZ GONZÁLEZ (*La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.*).

<sup>559</sup> RJ 5703.

<sup>560</sup> RJ 8822.

<sup>561</sup> O, siguiendo con la STS 11 de diciembre 1997 (RJ 9163), “la doctrina de esta Sala en sus Sentencias de 17 de julio 1986 (RJ 4181) y 3 de diciembre 1987 (RJ 8822), ha establecido que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista ‘ad exemplum’ del art. 41, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del ‘ius variandi’ empresarial”. En términos similares, entre otras, STS 9 de abril 2001 (RJ 5112).

<sup>562</sup> *Vid.* al respecto nota *supra*.

<sup>563</sup> **VIDA SORIA.** *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit., p. 87.*

<sup>564</sup> STC n° 213, 21 de julio 2005 (RTC 213).

pese a integrarse en el ámbito de la cotidianeidad, no se desprende su *descausalización*<sup>565</sup>. Esto es, el empresario no puede mudar condiciones de trabajo por mera conveniencia, sin alegar motivos o alegando tales motivos sin probar que tras las modificaciones propuestas existe una necesidad atendible de la empresa<sup>566</sup>. Sigue siendo exigible la concurrencia de un motivo objetivo tangible, vinculado a las necesidades de la organización productiva (en sus aspiraciones en pro del incremento de la competitividad) y que debe ser probado por el empresario<sup>567</sup>. Extremo también exigible, sin duda, en los supuestos en los que se pretenda alterar lo previsto en un convenio colectivo<sup>568</sup>.

El TRET, al referirse a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no define lo que debe entenderse por “económico, técnico, organizativo o de producción”<sup>569</sup>. Sin

---

<sup>565</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 203; y **CARRIÓN MOYANO**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 315. *Vid.* también, SSTSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo 2005 (AS 1059); y Cataluña 14 de enero 2003 (AS 447).

<sup>566</sup> SSTS 8 de enero 2000 (RJ 394); y 4 de octubre 2001 (RJ 2002\1417). Como expone la STSJ Castilla y León (Valladolid) 23 de septiembre 2002 (JUR 255778), “debe existir un razonable equilibrio entre la gravedad de la situación que desea afrontar la empresa y el tipo de cambio a realizar y, al exigirse al empresario la demostración de la concurrencia de las causas justificativas, se produce ‘de facto’ una inversión de la carga probatoria, a pesar de que siga siendo el trabajador quien actúe como demandante”. Son numerosos los pronunciamientos en los que se declara la ilicitud de la modificación realizada en base a la ausencia de justificación *vid.*, SSTSJ Galicia 22 de abril 2005 (JUR 157771); País Vasco 8 de febrero 2005 (AS 531); y Canarias (Las Palmas) 1 de febrero 2005 (AS 278), y 13 de septiembre 2003 (AS 2004\159). O bien, si no se han probado suficientemente, SSTSJ País Vasco 6 de julio 2004 (AS 3832); Madrid 26 de abril 2004 (AS 2162); y Castilla y León (Burgos) 23 de agosto 2002 (AS 136). Específicamente relacionado con la movilidad geográfica *ex art.* 40 TRET *vid.*, SJS Pamplona (nº 2) 7 de septiembre 1999 (AS 2972).

Recogiendo estos criterios en la doctrina, **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, op. cit., p. 22 y ss.; y **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **ROQUETA BUJ**. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 94.

<sup>567</sup> No basta – siguiendo a **ROMÁN DE LA TORRE** –, la mera alegación de la causa en los términos que el empresario considere convenientes, “ni una afirmación vaga, genérica o imprecisa de aquélla que no permite deducir en qué medida hace necesaria la modificación impugnada”. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 28. *Vid.* también, **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 201.

<sup>568</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 133; **ALFONSO MELLADO**, **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*, op. cit., p. 1399 y 1400; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 63 y ss.; **RIVERO LAMAS**. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*, op. cit., p. 276; **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, op. cit., p. 70; y **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 116 y ss.

<sup>569</sup> Recuérdese que con anterioridad a la reforma de 1994, las modificaciones sólo procedían cuando concurrían causas técnicas, organizativas o de producción. La exclusión de las económicas, reservadas para los supuestos resolutorios, era interpretado como un mecanismo para “responder a situaciones normales de la vida de la empresa, que requerían ajustes en la organización del trabajo, en los instrumentos de producción, o en la gestión de esta última”, por tanto, un sistema para “adecuar el funcionamiento de la empresa a criterios de eficiencia cotidiana”. En cambio, la resolución estaba pensada para hacer frente a situaciones de crisis económica. Con la Ley 11/1994, en cambio, la causa económica justifica tanto la resolución como la modificación contractual. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 109. En términos similares, **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, op. cit., p. 26. En un tono crítico, **VIDA SORIA** entiende que la añadidura de 1994 no aportada nada significativo en la definición de las causas, dado que la indeterminación legal permitía una interpretación extensiva y además ese fue el criterio seguido por la jurisprudencia (y, por ende, el recogido por el Legislador, por ser el que se acoplaba perfectamente a sus intereses). **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 89.

Por otra parte, baste indicar que la mera transmisión de empresa no justifica la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Lo que no significa que las condiciones laborales queden petrificadas, sino que el cesionario

perjuicio de lo que se expondrá posteriormente al respecto de un modo detallado<sup>570</sup>, conviene tener en cuenta que, la posibilidad de alterar el contrato por excesiva onerosidad sobrevenida exige la concurrencia de un desequilibrio o riesgo sobrevenido. La lógica de la *secuencialidad* que rige en el Derecho del Trabajo español, exige que cuanto más traumática sea la medida que pretende el empresario para la vida del contrato, mayor debe ser el riesgo o desequilibrio exigido. Sin que, por otra parte, exista una descripción estanca de los ámbitos de operatividad de las medidas posibles en función del riesgo, pues, cabe entender que a medida que el riesgo se incrementa, también lo hacen las medidas que pueden ponerse en marcha.

Desde esta perspectiva, a diferencia de la suspensión, el TRET sí ha tratado de precisar el nivel de riesgo exigido para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, aunque sin abandonar la utilización de perfiles difusos, demasiado amplios por imprecisos<sup>571</sup>. Así, se afirma que cualquier modificación deberá contribuir a “mejorar” la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La razón sustantiva de este tratamiento legal diferenciado con respecto a la suspensión y a la resolución, “radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (‘flexibilidad externa’ o ‘adaptación de la plantilla’) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (‘flexibilidad interna’ o ‘adaptación de condiciones de trabajo’)”<sup>572</sup>. Frente a las referencias mucho más estrictas y limitadas para considerar razonables las medidas extintivas o suspensivas, la modificación de las condiciones de trabajo puede operar en espacios más holgados, esto es, en situaciones de riesgo menos severas. Se trata, en definitiva, de una medida que tiene carácter claramente fisiológico<sup>573</sup>. Sin perjuicio, por otra parte, de que pueda operar en situaciones de riesgo más intensas, como en las descritas en los arts. 47, 52.c) o 51 TRET.

Por consiguiente, “no es la ‘crisis’ empresarial sino la ‘mejora’ de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo”. En definitiva, se trata de que “tal decisión, mediante una más adecuada organización de los

---

debe recurrir al mecanismo ordinario y alegar alguna de las causas legalmente establecidas *ex art.* 41 TRET. *Vid.* al respecto, **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA.** *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.* RMTAS n° 58, 2005, p. 242 y 243.

Los Convenios Colectivos, (al menos los consultados) por lo general, no definen el sentido de las causas legales (y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo tampoco acostumbra a formar parte del contenido del convenio). Una excepción la encontramos en el CCOL Empresa Pública Junta de Residuos (DOGC 16 de febrero 2004), que habla de causas económicas, técnicas, organizativas y de gestión.

<sup>570</sup> *Vid.* Epígrafe I del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>571</sup> **SANTIAGO REDONDO.** *Movilidad geográfica, op. cit.*, p. 351.

<sup>572</sup> STS 17 de mayo 2005 (JUR 174854).

<sup>573</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 de julio 2002 (JUR 2003\155519). En la doctrina, **CRUZ VILLALÓN.** *Las modificaciones sustanciales de trabajo tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 189; y **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ.** *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”, op. cit.*, p. 93.

recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas”<sup>574</sup>; por lo que cabe “aunque el balance económico de la misma pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad”<sup>575</sup>.

Basta, por tanto, que “la decisión efectivamente suponga una contribución relevante en orden a mejorar la posición de la empresa en el mercado, con independencia de que el posicionamiento anterior en su sector pudiere estar ya más o menos consolidado, pues de lo que se trata no es sólo de ayudar a la empresa que se encuentre en crisis a superar una situación desfavorable, sino también de que la modificación contribuya aún más si cabe a mejorar la competitividad de empresas cuyo funcionamiento pueda ya ser de por sí óptimo”<sup>576</sup>.

En cualquier caso, es evidente que la proyección de estos parámetros al caso concreto resulta de una indiscutible complejidad; hasta el punto de que – a nuestro entender - la funcionalidad de las disquisiciones conceptuales expuestas queda en entredicho.

Finalmente, en otro orden de cosas, el menor rigor en la exigencia del riesgo no libera al empresario de la obligación de probar, no sólo la concurrencia de las causas alegadas, sino también la razonabilidad de la medida propuesta<sup>577</sup>. Repárese que el precepto habla de que

---

<sup>574</sup> STS 17 de mayo 2005 (JUR 174854).

<sup>575</sup> SSTSJ Cataluña 18 de diciembre 2001 (AS 2002\1267); Comunidad Valenciana 3 de julio 2002 (JUR 2003\155519); Castilla La Mancha 5 de diciembre 2000 (LA LEY JURIS: 406240/2000). Así, en “el caso de una decisión de modificación sustancial en las que la empresa alega razones económicas que no tiene que significar forzosamente una situación económica negativa que suponga pérdidas en el balance de explotación de la empresa” (STSJ Cataluña 14 de enero 2003, AS 447). *Vid.* al respecto también, STSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo 2005 (AS 1059). Planteamiento que perfectamente puede hacerse extensivo a una empresa sin ánimo de lucro (STSJ Asturias 11 de octubre 2001, AS 3799).

<sup>576</sup> STSJ Cataluña 18 de diciembre 2001 (AS 2002\1267). En definitiva, la exigencia probatoria en el supuesto del art. 41 TRET es de mínimos de razonabilidad, exigiéndose, en cambio, un plus de razonabilidad en los supuestos resolutorios. **MIRANZO DÍEZ**. *El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, nota 39, p. 106. *Vid.* también, **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 24.

Por el contrario, el examen por el juzgador “se limita a controlar si las causas en las que la empresa justifica la modificación son o no reales y si la medida propuesta se ajusta o no a los objetivos legales de la norma, es decir si la adopción de las medidas propuestas contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos y mismas favorecen su posición competitiva en el mercado, sin que se pueda entrar a valorar si dichas medidas son o no suficientes ni tampoco si se podían haber tomado otras distintas puesto que no corresponde a los tribunales suplantar al empresario en el ejercicio del poder de dirección”. STSJ Cataluña 9 de enero 2001, AS 663. *vid.* también STSJ Castilla La Mancha 30 de julio 2004 (AS 2971). No obstante, un sector de la doctrina estima que el contenido del art. 138.5 TRLPL establece una carga adicional con respecto a las decisiones suspensivas o resolutorias por cuanto que el juez sólo declarará justificada o injustificada la medida “según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa”. *Vid.* al respecto, **DIÉGUEZ CUERVO**. *Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>577</sup> “No se trata de una facultad omnímoda, ilimitada y discrecional, que pueda ser adoptada por el empresario en cualquier momento y circunstancia, sino de un poder excepcional, únicamente puede ejercitarse, cuando existan razones probadas y su adopción pueda contribuir, real y efectivamente, a mejorar la competitividad de la empresa pues el Legislador ha articulado esta facultad como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad” (STSJ Cataluña 14 de enero 2003, AS 447). En términos similares, SSTSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo 2005 (AS 1059); 3 de julio 2002 (JUR 2003\155519); y SJS Valencia (nº 6) 10 de diciembre 2002 (AS 3354).

existan “probadas razones”, luego, se desprende que las razones alegadas deben existir (ser actuales)<sup>578</sup>. Es exigible, un “nexo de instrumentalidad” entre las razones probadas y las medidas adoptadas, que debe traducirse en “un juicio de comprobación de mínimos de razonabilidad, y no un juicio sobre el ajuste a la racionalidad económica máxima”<sup>579</sup>. Por consiguiente, no puede admitirse la modificación de lo pactado en base a la mera conveniencia empresarial<sup>580</sup>.

Dados estos contornos normativos, es claro que el papel de los órganos jurisdiccionales en la delimitación de este concepto es absolutamente esencial. Aunque su participación, a nuestro entender, no puede calificarse como la más adecuada. En este sentido, la jurisprudencia viene relativizando – o aligerando - (discutiblemente) la necesidad de probar la concurrencia del desequilibrio contractual. En concreto, se estima que la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones “genera un plus de legitimación de las decisiones empresariales que permite excluir la necesidad de un control causal”<sup>581</sup>.

Por otra parte, puede afirmarse que los Tribunales, pese a que formalmente reconocen la naturaleza reglada de su actuación, en la práctica efectiva actúan conforme a criterios discrecionales resolviendo principalmente conflictos de intereses. De todos modos, esta afirmación no debería sorprender a la luz de la indefinición de la norma, pudiéndose entender que se trata de una consecuencia natural (o lógica) de la delimitación normativa (o, mejor dicho,

---

<sup>578</sup> **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 369. No obstante, en ocasiones, los Tribunales han mantenido criterios ciertamente confusos. La STSJ Comunidad Valenciana 5 de diciembre 2000 (JUR 2001\164335) entiende que “la calificación como ‘probadas’ de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción a que alude, no debe referirse al concepto procesal de prueba, ante la evidencia de que el efecto de la modificación será necesariamente futuro y por ende de imposible prueba, de ahí que la Sala estime que las razones serán probadas cuando no quepa calificarlas de arbitrarias”. Pronunciamiento que parece confundir la causa que motiva el desequilibrio con la medida adoptada para superarlo.

<sup>579</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (Comentario al art. 41 ET en la nueva redacción de la Ley 11/94)*. Estudios de Jurisprudencia (Revista *Codex*), núm. 11, p. 184. *Cit.* **RIVERO LAMAS**. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET*. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 249.

<sup>580</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo 2005 (AS 1059). En este sentido, un sector doctrinal entiende que la duración de la modificación debe estar vinculada a la duración de la causa que la ha originado, **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>581</sup> SSTs 11 de mayo 2004 (RJ 5157) y 21 de noviembre 2006 (RJ 9217). **GOERLICH PESET**. *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.* (versión digital). En términos similares, **VALLEJO DACOSTA**, a partir de lo expuesto en la STS 21 de diciembre 1998 (RJ 1999\1682) afirma que la concurrencia del desequilibrio debe presumirse si existe acuerdo. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 65 y 66. En esta línea, la STS 7 de diciembre 2005, rec n° 26/2005, ha declarado que “la carga probatoria de la concurrencia, realidad, entidad y proporcionalidad de las medidas, obviamente se refiere o se aplica en aquellos casos en que la empresa unilateralmente impone tales modificaciones, no cuando ésta son pactadas colectivamente, como en este caso”. En contra, el Voto Particular (Desdentado Bonete) expuesto en la STS 11 de mayo 2004 (RJ 5157) afirma que “El supuesto de habilitación del acuerdo de modificación del convenio colectivo que contiene el párrafo 3° del número 2 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se encuadra, a nuestro juicio, en el marco general de este artículo, que está referido a la modificación de condiciones del contrato de trabajo por las causas que contempla el número 1 del precepto citado, es decir, a una modificación causal. No es, por tanto, un caso de habilitación genérica de concurrencia de convenios colectivos y el acuerdo del artículo 41-2.3 del Estatuto de los Trabajadores no es una norma de la autonomía colectiva, sino un acto de gestión empresarial negociado colectivamente para establecer de forma no definitiva la inaplicación de una regla colectiva”.

falta de ella) del riesgo exigible<sup>582</sup>. Lo preocupante, a nuestro juicio, es que se ha constatado que en un número considerable de pronunciamientos resulta sumamente difícil seguir el razonamiento lógico-jurídico llevado a cabo por el juzgador para justificar el sentido de su fallo<sup>583</sup>. Lo que se traduce, en la práctica, en la dificultad de anticipar, siquiera aproximadamente, el pronunciamiento del Tribunal, lo que redundará claramente en perjuicio de la seguridad jurídica<sup>584</sup>. Fenómeno, por otra parte, que no es exclusivo del art. 41 TRET, sino

---

<sup>582</sup> Analizando las modificaciones introducidas en el art. 40 TRET por la reforma de 1994, SANTIAGO REDONDO afirma críticamente que “la preocupante falta de definición hace decaer las interesantes posibilidades de clarificación que poseía el intento. En definitiva nada se dice. Que sea lo que favorece la posición competitiva, lo que permita dar mejor respuesta a la demanda o lo que implique una más adecuada organización de los recursos o una mejor situación de la empresa, más allá de lo que de subjetivo tenga, da un juego en exceso amplio a una institución que, por la importancia del perjuicio que ocasiona al trabajador, debería estar nítidamente configurada. La técnica sigue siendo muy imperfecta y no solo por lo dicho sino, con igual relevancia, por la ausencia incomprensible de un elenco de instrumentos que puedan ser útiles para acreditar la justificación causal que autoriza la orden. Ante el silencio, deberá entenderse capaz cualquier medio de prueba lícito, aunque la oscuridad y subjetividad de lo que debe ser probado convertirá nuevamente al juzgador en decisor, no sólo de la justificación de la orden sino también de lo que hace a ésta o no justificada”. SANTIAGO REDONDO. *Movilidad geográfica, op. cit.*, p. 351.

<sup>583</sup> En efecto, en numerosas ocasiones los Tribunales se limitan a reproducir profusamente la doctrina jurisprudencial existente al respecto para, a continuación, sin excesivos circunloquios, concluir que el supuesto enjuiciado se ajusta o no a la misma. Se echa en falta una exposición más detallada que permita visualizar el proceso que ha permitido valorar la subsunción de los hechos al supuesto de hecho de la norma.

<sup>584</sup> A continuación, un botón de muestra. Según la STSJ Cataluña 14 de enero 2003 (AS 447), la modificación del sistema de primas propuesto por la empresa no está justificada, porque “no se ha acreditado que los recursos de explotación del empresario, más allá del ahorro que supone pagar mucho menos a los trabajadores por su actividad, se hayan organizado de modo más adecuado, ni que la decisión adoptada se haya vinculado a la posición de la empresa en el mercado o a las exigencias de la demanda. Simplemente se justifica la rentabilidad económica de disminuir el salario de los trabajadores afectados sin que ello se haya visto acompañado de ninguna otra medida encaminada a mejorar la explotación empresarial”. Para la STSJ Comunidad Valenciana 3 de marzo 2005 (AS 1059), la modificación pretendida tampoco queda justificada porque, más allá de la acreditación de los beneficios que obtendría la empresa al cambiar el sistema retributivo, no se ha probado la causa que justifique esa medida. En términos similares, se estima injustificado el traslado del servicio técnico de una compañía eléctrica por no acreditarse suficientemente las razones organizativas alegadas (STSJ Canarias\Las Palmas 13 de septiembre 2003, AS 2004\159). La STSJ País Vasco 6 de julio 2004 (AS 3832) declara que los motivos alegados por la empresa ferroviaria para proceder a la implantación de un nuevo turno de trabajo (nocturno en el servicio mecánico) son insuficientes porque, entre otras razones, la naturaleza oscilante del desequilibrio padecido por la empresa no justifica suficientemente una alteración contractual de proyección indefinida. Además, la empresa no ha probado adecuadamente la conexión de la causa con la medida adoptada en orden a la finalidad requerida legalmente. En parecidos términos, la eliminación de un turno no justifica la modificación pretendida por la empresa, cuando entre ambos hechos median un plazo de tiempo considerable - más de un año (STSJ Cataluña 9 de diciembre 2004, AS 3974). En otras ocasiones, se ha rechazado la medida empresarial propuesta afirmando que la mera referencia a la literalidad de la ley (STSJ Madrid 26 de abril 2004, AS 2162; *vid.* también, STSJ Galicia 22 de abril 2005, JUR 157771).

En cambio, se estima adecuada la modificación del sistema de turnos de una empresa telefónica, insertada en un plan nacional de racionalización y optimización organizativa, motivada por una alteración sustancial de las necesidades *productivas* de la empresa (STSJ Cataluña 18 de diciembre 2001, AS 2002\1267). La STSJ Madrid 19 de diciembre 2001 (AS 2002\786) justifica la implantación de un nuevo turno con el fin de reducir el número de horas extraordinarias, con el consiguiente ahorro que ello conlleva (medida acompañada de la contratación de nuevos trabajadores y de la realización de cursos de formación para la incorporación de los trabajadores ya contratados al nuevo turno). En virtud de lo previsto en el Convenio Colectivo, también se estima ajustado a derecho que la modificación del calendario laboral trasladando cinco días no festivos al último cuatrimestre del año en base a las necesidades productivas de la empresa. Concretamente, se entiende que la empresa ha “acreditado la habitualidad y potencialidad y previsibilidad de la existencia de un incremento en la producción en el último cuatrimestre, derivado de la estacionalidad en la venta de baterías, que demanda incrementar la producción en ese tramo temporal” (STSJ Castilla La Mancha 30 de julio 2004, AS 2971). En otro supuesto, ante la existencia de problemas y constantes averías provocados por la falta de mantenimiento de las instalaciones la introducción de un turno de noche en el servicio de averías ferroviarias constituye una causa *organizativa* suficiente porque contribuye a solucionar esta situación (STSJ País Vasco 21 de junio 2005, AS 2296). También se entiende justificado cuando se pretende atender a las necesidades de los clientes de la empresa (STSJ Comunidad Valenciana 5 de diciembre 2000,



que, como se analizará posteriormente<sup>585</sup>, también está presente en la resolución causas de empresa.

### **1.1.2.1.3.- Procedimentalización de la modificación sustancial de las condiciones.**

Paralelamente a la exigencia de un desequilibrio contractual y a la naturaleza sustancial de la modificación promovida por el empresario, la legitimidad de la misma está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales. En este sentido, el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo establecido en el art. 41 TRET se aparta de su precedente en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, desaparece la intervención de la Autoridad Laboral en el caso de que el período de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores finalice sin acuerdo. El papel de la Autoridad Laboral ha quedado desplazado a un segundo término, aunque mantiene algunas competencias de notificación e información, sin perjuicio de facultades de control y de vigilancia en el cumplimiento de estas normas (art. 7.6 LISOS)<sup>586</sup>. Retroceso que ha sido *parcialmente* ocupado

---

JUR 2001\164335). Concorre, asimismo, una causa organizativa suficiente para proceder a la eliminación del turno de noche cuando se produce una disminución del número de pedidos, pues de este modo se consigue evitar una sobreproducción y el consiguiente incremento del stock (SSTSJ Andalucía\Sevilla 27 de junio 2004, AS 1485; y Galicia 31 de octubre 2001, AS 4316). Asimismo, la modificación de un método de trabajo (motivada principalmente de la introducción de un sistema informático) con el fin de reducir *stocks*, también justifica el cambio en el sistema de turnos de una empresa automovilística (STSJ Comunidad Valenciana 14 de septiembre 2000, JUR 2001\75657). La decisión de implantar una jornada partida a un sector de la empresa (envasado) está justificada por cuanto al uniformizarse con el resto de trabajadores, contribuye a la coordinación de todos departamentos y a una más adecuada organización de los recursos (STSJ Cantabria 13 de abril 2005, AS 593). Tras la compra de un hospital militar por el servicio de salud gallego, se justifica el cambio de la jornada de las matronas por razones organizativas, que pasan de realizar guardias localizadas de 24 horas a incorporarse al sistema de turnos. El Tribunal entiende que si “en un centro hospitalario de un Ministerio que, en principio, no tenía, entre sus misiones principales, las sanitarias, y que, por lo tanto, ante la estadística de partos a atender, podía adoptar ese tipo de jornada; mantener el mismo en un Servicio, cuya actividad está dirigida, en exclusiva, a la Salud y que precisa tener, incluso, en su organigrama, Unidades de Partitorios, resultaría, lógicamente, insostenible” (STSJ Galicia 30 de marzo 2001, AS 1807). El cambio de clientes que regentan un hotel también justifica la modificación del horario (STSJ Cataluña 16 de octubre 2000, AS 2001\884). La modificación del sistema retributivo propuesto por una empresa de telemarketing, con pérdidas reales - provocadas por el cambio en el sistema de facturación impuesto por su único cliente -, se estima ajustada porque “responde a causas económicas y productivas totalmente justificadas y que, además, es proporcional al fin perseguido y evidencia la realidad de una conexión suficiente de funcionalidad con el diseño que la preside” (STSJ Madrid 26 de julio 2004, AS 2935). Las pérdidas sufridas por una entidad sin ánimo de lucro dedicada al cuidado de ancianos también justifica un cambio en el sistema de turnos y además contribuye a una mejor organización, pues, “al asignar a cada trabajador a un turno con carácter definitivo, éste queda automáticamente responsabilizado en cuanto a la organización del material (medicinas, consumo de materiales) a emplear durante su turno” (STSJ Asturias 11 de octubre 2001, AS 3799).

<sup>585</sup> Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>586</sup> GARCÍA MURCIA. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 89. En este sentido, resulta sumamente interesante el planteamiento de SUÁREZ GONZÁLEZ, que preguntándose quién es más apto para estudiar el problema que se suscita con ocasión de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, estima que “si para suspender o para resolver los contratos exactamente por las mismas causas o razones (arts. 47.1 y 51) es la Autoridad Laboral – siempre a falta de acuerdo – la que debe dictar una resolución motivada y congruente, no hay argumentos convincentes para concluir que tal solución no sirva cuando se trata de sustanciales modificaciones y para que, a diferencia de las suspensiones o las resoluciones, aquéllas sean ejecutivas aunque resulten impugnadas”. Salvo que se emplee este argumento a la inversa, para justificar una innovación legislativa más trascendental, esto es, que “si las modificaciones sustanciales no exigen ya la intervención de la Administración,

por la representación legal de los trabajadores, aunque sin reconocimiento de un derecho de veto, pues, incluso pese a su oposición el empresario está facultado para proceder a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Circunstancias que han contribuido a una intensificación de esta facultad empresarial notable<sup>587</sup>. Por otra parte, conviene tener en cuenta que la decisión empresarial es ejecutiva, aunque el trabajador decida impugnarla si está disconforme; sin que, por tanto, se le reconozca un *ius resistentiae*<sup>588</sup>. Por consiguiente, en tanto que el control judicial es *ex post*, la decisión empresarial ostenta una presunción de licitud hasta que un pronunciamiento judicial declare lo contrario.

En segundo lugar, se hace una distinción entre modificaciones sustanciales de carácter individual y modificaciones sustanciales de carácter colectivo, según la concreta fuente de las obligaciones de la que las condiciones emanen<sup>589</sup>. Aunque en este sentido se establece un régimen específico respecto del horario (y de las funciones también), pues, la distinción entre modificaciones sustanciales individuales y colectivas viene determinada en función del número de efectivos de la plantilla afectados por la decisión empresarial.

A la vista de la fuerza con la que se reconoce esta facultad al empresario, esta distinción se reputa absolutamente esencial.

Son *condiciones individuales* las que los trabajadores disfrutan a “título individual”, por tanto, derivadas de una decisión unilateral del empresario o el acuerdo plasmado en el contrato de trabajo<sup>590</sup>; sin perjuicio de que ese reconocimiento haya afectado a varios o muchos

---

tampoco tienen por qué exigirla las suspensiones o las resoluciones del contrato”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>587</sup> Especialmente porque, como afirma DEL REY GUANTER, se ha producido una “desadministrativización” total en relación con la regulación anterior, de tal modo que el control de la decisión empresarial ha pasado a ser judicial y *ex post*. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>588</sup> Aunque los Tribunales lo han admitido ante circunstancias excepcionales. El plazo para la impugnación es de 20 días hábiles (art. 138.1 TRLPL). Un análisis al respecto en, **GALDÓS LOYOLA**. *La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales*. AL 1997 – III, p. 1064 y ss. Plazo que no opera en el caso de que la decisión empresarial no pueda calificarse a efectos procesales y sustantivos como un supuesto de modificación sustancial por incumplimiento de los requisitos legal o convencionalmente exigidos, en cuyo caso, será de un año (art. 59.1 TRET) y la modalidad procesal a seguir no es la prevista en el art. 138 TRLPL, sino el proceso laboral ordinario. SSTs 10 de abril y 18 de septiembre 2000 (RJ 3523 y 8333); 15 de enero 2001 (RJ 770); y 25 de junio 2003 (RJ 4853). La doctrina judicial ha estimado que la insuficiencia de la causa alegada por la empresa es suficiente para entender que no se trata de una modificación sustancial y por ende no puede accionarse conforme lo previsto en el art. 138 TRLPL ni tampoco es exigible el plazo de caducidad. STSJ Comunidad Valenciana 16 de febrero 2005 (AS 862).

<sup>589</sup> Novedad que ha sido calificada por un sector de la doctrina como la modificación más trascendente del régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pues, desde entonces, “la nueva presentación formal de esos preceptos [arts. 40 y 41] tanto las posibilidades de actuación por parte del empresario como el procedimiento que a tal efecto había de seguirse quedaban estrechamente condicionados (salvo en algún tipo de medida, como el desplazamiento temporal) por el alcance real de la medida, esto es, por su grado de afectación (en términos numéricos o porcentuales, principalmente) al conjunto de la plantilla”. **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>590</sup> Modificaciones que no pueden contravenir lo pactado en un convenio colectivo o lo previsto en la ley. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 165; y **BLASCO PELLICER**. *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 572. Mecanismo, por tanto, cuya finalidad reside fundamentalmente en posibilitar la eliminación de las condiciones más beneficiosas, sin necesidad de esperar a su neutralización a través de su absorción. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad*

trabajadores<sup>591</sup>. Aunque conviene precisar que “no son condiciones de titularidad individual aquellas que, si bien se exteriorizan jurídicamente a través de un contrato de trabajo individual, son sustancialmente idénticas o uniformes para un conjunto homogéneo de trabajadores del centro de trabajo o de la empresa; sin que sean determinantes las condiciones personales o singularmente profesionales de los trabajadores afectados. En este caso estaríamos ante una manifestación de la denominada contratación individual en masa de condiciones de trabajo que, como tal, comporta que las condiciones no se disfrutan a título individual sino colectivo”<sup>592</sup>.

En cambio, son *condiciones colectivas* las establecidas en un convenio colectivo *ex* Título III del TRET y las adquiridas en virtud de “decisión unilateral del empresario de efectos colectivos” o por “un acuerdo o pacto colectivo” (art. 41.2.3º TRET)<sup>593</sup>. Ahora bien, en el

---

*funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 208. *Vid.* también, **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 125.

<sup>591</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital); y **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 125.

<sup>592</sup> STSJ Castilla La Mancha 19 de junio 2000 (AS 2143).

<sup>593</sup> En términos generales, el hecho de que la decisión afecte a una pluralidad de trabajadores no significa que la modificación automáticamente tenga carácter colectivo, sino que debe atenderse al origen individual o colectivo de la condición que se modifica. **CRUZ VILLALÓN**. *La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 171 y 172. Por tanto, en cuanto a lo que debe entenderse por “decisión unilateral del empresario de efecto colectivos”, la doctrina unánimemente entiende que dicha expresión referida expresamente a las llamadas “condiciones más beneficiosas”, comportando de forma implícita la consagración legal del carácter vinculante de las condiciones más beneficiosas (carácter vinculante que viene condicionado por el cumplimiento de los siguientes requisitos: “beneficio adicional al generalizadamente reconocido por norma estatal o convenio colectivo; reiteración en el tiempo que provoque su consolidación como obligatoria; ausencia de mero comportamiento de tolerancia no expresivo de una voluntad concesiva”). **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 138 y 139. Debiéndose destacar, siguiendo a **NORES TORRES**, que sólo deben calificarse como decisión individual de efectos colectivos las condiciones más beneficiosas que se hubieran incorporado al contenido contractual por vía de su repetición, debiéndose descartar (de su condición de decisión individual de efectos colectivos) las condiciones más beneficiosas derivadas de un pacto expreso o tácito por cuanto “no tienen una génesis unilateral sino pactada”. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*. CES. Madrid, 2000, p. 78 y 79.

En cuanto a la expresión “acuerdo o pacto colectivo”, se entiende que se trata de una apelación genérica a cualquier contrato colectivo entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios. En tanto que no se distingue en razón de su eficacia jurídica, sujetos colectivos que lo han acordado, el grado de formalización, contenido de lo pactado, etc., se estima que se está haciendo referencia, genéricamente, a cualquier contrato colectivo ajeno al Título III TRET y, específicamente, a los convenios colectivos extraestatutarios y a los acuerdos colectivos estatutarios de empresa. Sin embargo, en tanto que el empresario, de acuerdo con la literalidad del art. 41.4 TRET, finalizado el período de consultas sin acuerdo, está facultado para llevar a cabo la alteración pretendida, pese a la oposición de los representantes de los trabajadores, se pone de manifiesto la contradicción de este planteamiento con el principio de vinculabilidad que emana de los acuerdos fruto de la autonomía colectiva, *ex* art. 37.1 CE. Por consiguiente, asumiendo que la expresión “efecto vinculante” debe equipararse a la eficacia normativa (*vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV – Primera Parte), se desprende que, si se quiere salvar la constitucionalidad de este precepto, el empresario para poder alterar el contenido de un convenio colectivo extraestatutario o un acuerdo de empresa estatutario precisa ineludiblemente de un acuerdo. Abogando por la exigencia de un acuerdo para la modificación de los convenios colectivos extraestatutarios, para salvar su constitucionalidad, **ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios, op. cit.*, p. 1399; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit.*, p. 106 a 115; y **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, op. cit.*, p. 64. La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo extraestatutario deberá realizarse, según **GARCÍA MURCIA**, respetando al procedimiento establecido para las modificaciones sustanciales colectivas, aunque admite que si se acepta su eficacia normativa, debería admitirse que su modificación siguiera el mismo trámite que para los convenios colectivos estatutarios. **GARCÍA MURCIA**. *Los acuerdos de empresa, op. cit.*, p. 249 y 250. En cuanto a la inconstitucionalidad que se deriva de la interpretación literal del precepto, **BLASCO PELLICER**. *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 579 a 582. Ahora bien, a diferencia de lo previsto para la

supuesto de que se trate de una modificación del horario (o de las funciones), si no se superan los umbrales cuantitativos legalmente descritos, debe considerarse como individual (art. 41.2.4º TRET)<sup>594</sup>. De todos modos, superados tales umbrales, no se desprende *per se* la naturaleza colectiva de la alteración, debiéndose constatar que “efectivamente se da el carácter genérico de la modificación”<sup>595</sup>.

Si el empresario pretende la modificación de condiciones de trabajo individuales, está obligado a notificar<sup>596</sup> al trabajador su decisión, especificando los motivos en los que se funda,

---

modificación de los convenios colectivos estatutarios, *ex* Título III, debe entenderse que no existe un límite expreso de materias objeto de modificación (sin que puedan afectarse los límites de derecho necesario establecidos en una norma estatal o en un convenio colectivo estatutario). Por consiguiente, de lo expuesto, se extrae que la facultad de modificación unilateral sólo puede reconocerse respecto de las decisiones unilaterales empresariales de efectos colectivos. *Vid.* al respecto, (aunque justificando la necesidad de un acuerdo para los convenios colectivos extraestatutarios en el art. 28.1 CE), **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 134 a 137. En términos similares, **BLASCO PELLICER**. *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 577 a 581; **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 110 y 111. Exigiendo un pacto para los supuestos de acuerdo de empresa *ex* arts. 22.1, 24.1, 29.1, 34.2 y 3 y 67.1 TRET, y no para los convenios colectivos extraestatutarios, **SALA FRANCO**. *El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 125; y **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 81 a 83.

<sup>594</sup> Motivo por el que la doctrina distingue entre las “modificaciones individuales y las colectivas menores” y las “modificaciones colectivas mayores”. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 210. No obstante, este trato diferencial con respecto al resto de condiciones ha sido criticado por la doctrina, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 319. Recuérdese que para el cómputo de los trabajadores afectados por la decisión empresarial debe tenerse en cuenta un período de 90 días, *ex* art. 40.2.4º TRET. Cómputo que debe realizarse hacia atrás, a partir del momento de la notificación a los representantes de los trabajadores de la apertura del período de consultas. En lo relativo a la determinación del *ratio* afectados y efectivos, en tanto que la escala de trabajadores es la misma que la prevista en el art. 51.1 TRET se desprende la exportación de los mismos criterios interpretativos (aunque a diferencia de lo previsto en el párrafo cuarto del art. 51.1 TRET, para el cómputo son irrelevantes otras modificaciones de funciones y horario llevadas a cabo por otras vías o en base a otras causas). **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 148. *Vid.* en términos similares, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 224 y 225.

<sup>595</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 171. No obstante, debe entenderse que el párrafo final del art. 41.2 TRET no puede referirse a condiciones funcionales o de horario de trabajo reguladas en convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios, ni tampoco a acuerdos o pactos de empresa, debiéndose entender, por tanto, que para la modificación de tales materias previstas en tales fuentes es exigible la concurrencia de un acuerdo con los representantes de los trabajadores. En este sentido, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 219; **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 375; y **MIRANZO DÍEZ**. *El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 155 y 156; **RIVERO LAMAS**. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*, *op. cit.*, p. 264; **VALDEOLIVAS GARCÍA**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, *op. cit.*, p. 98 a 100; y **CAMPS RUIZ**. *Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales*, *op. cit.*, p. 209. De admitirse, se estaría reconociendo al empresario una facultad para modificar unilateralmente el contenido de una manifestación de la negociación colectiva, vulnerando por tanto el art. 37.1 CE. Entre otros, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 68 a 70; y (sin entender incluidos los convenios colectivos extraestatutarios) **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 86. Siguiendo este criterio, STSJ Cantabria 15 de enero 1999 (AS 422).

<sup>596</sup> Pese a que la ley no lo especifique, debe entenderse que la comunicación debe realizarse por escrito. **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 321; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 226; y **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 99. Aunque la doctrina judicial no se haya manifestado unánimemente al respecto (por ejemplo, SSTSJ Cataluña 4 de marzo 1996, AS 622; y 13 de diciembre 1997, AS 579). **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 168.

En cuanto al contenido, debe especificarse la fecha de efectividad de la decisión, las concretas razones que la motivan así como la concreción exacta de la modificación decidida. **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de*

con el objeto de no crear indefensión<sup>597</sup>. Paralelamente está obligado a notificar a los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales) las modificaciones sustanciales decididas<sup>598</sup>. Finalmente, el empresario debe conceder un plazo de preaviso de 30 días mínimo a la fecha de la efectividad de su decisión<sup>599</sup>.

Si se trata de modificaciones de carácter colectivo, salvo que se trate de modificar el contenido de un convenio colectivo *ex* T. III TRET, el empresario debe iniciar un período de consultas con los representantes de los trabajadores<sup>600</sup>. En estos supuestos la intención del Legislador es encauzar el procedimiento para que las partes alcancen un acuerdo<sup>601</sup>. Para el caso, de que se consiga<sup>602</sup>, el empresario debe proceder a la notificación por escrito de la

---

*las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 381; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo, op. cit.* p. 243; y *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996, p. 226 y 227.

<sup>597</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 321.

<sup>598</sup> Si no hubiera representantes de los trabajadores la doctrina ha propuesto que el empresario efectúe una notificación alternativa de alcance colectivo, bien a una representación designada *ad hoc*, bien a cualquier otra que garantice el conocimiento general de la modificación. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit.*, p. 174. La omisión de la notificación no puede conllevar la falta de efectividad de la decisión empresarial. **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 381.

<sup>599</sup> Paralelamente, debe tenerse en cuenta que conforme al art. 64.1.4º, apartados b y c, TRET los representantes de los trabajadores tienen reconocida la facultad para emitir un informe previo a las decisiones empresariales dirigidas a reducir la jornada así como a la implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

<sup>600</sup> Unitaria o sindical, sin que el empresario esté facultado para escoger entre una y otra. Abogando por la preferencia de la representación sindical, **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 147. Y, por la unitaria, **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 206. En contra, abogando por el reconocimiento de la facultad de elección al empresario, **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo, op. cit.*, p. 182; y **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 322. La configuración de esta fase de negociación es muy similar a la prevista para los expedientes de regulación de empleo. Salvo en lo relativo a la necesidad de negociar respecto a las medidas dirigidas a posibilitar la viabilidad y continuidad del proyecto empresarial. Tampoco se hace mención respecto de las obligaciones de información del empresario, circunstancia especialmente importante si las partes deben negociar sobre la situación de desequilibrio que alega el empresario y la búsqueda de alternativas a la medida propuesta. No obstante, la doctrina entiende que en este sentido puede extenderse aplicable lo previsto en el art. 51 TRET y el RPRE'96 en lo relativo a la obligación de información por parte del empresario. Así, se entiende que está obligado a aportar la documentación acreditativa de las causas justificadoras de la medida; además, la propuesta modificativa debe identificar las condiciones de trabajo o modificar y, lo que es muy importante, el origen de éstas, por cuanto dependiendo de cual sea éste el pacto tendrá una dimensión u otra”. Así, pese a que el RPRE'96 no sea aplicable a los supuestos de modificación de las condiciones de trabajo, se entiende que “el contenido mínimo de la solicitud de regulación de empleo es expresivo *mutatis mutandi* del nivel de información exigible al empresario”. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 369. En términos similares, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit.*, p. 83 a 87; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 237 y 238; y **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 149.

<sup>601</sup> **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 212; y **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 369 y 370.

<sup>602</sup> En cuyo caso, es preceptiva la conformidad de la mayoría de los miembros del comité de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos – art. 41.4.3º TRET. En cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo no puede aceptarse que se trate de un producto derivado de la autonomía colectiva *ex* art. 37.1 CE, y sí entender, en cambio, que es una manifestación del derecho de participación reconocido en el art. 129.2 CE, una especie de “consulta preventiva de situaciones conflictivas”. **GARCÍA MURCIA**. *Los acuerdos de empresa, op. cit.*, p. 80. Abogando por la naturaleza participativa del acuerdo fruto de este período de consultas, **GARCÍA MURCIA**, *op. cit.*, p. 80 y ss; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit.*, p. 154 y ss. *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

decisión tomada al trabajador afectado<sup>603</sup>. Si no se alcanza, empresario puede tomar, subsidiariamente, la decisión pertinente<sup>604</sup>.

En cualquiera de los dos supuestos (individual o colectivo), conocida la decisión del empresario, el trabajador puede optar por su cumplimiento voluntario<sup>605</sup> o, si está disconforme, puede elegir bien por la impugnación judicial de la decisión empresarial (*ex* art. 138 TRLPL<sup>606</sup>) o bien, por la resolución del contrato<sup>607</sup>. Aspectos, estos dos últimos, que serán analizados en los apartados siguientes al que viene a continuación.

### ***a.- El papel de la autonomía individual y colectiva en la regulación de la procedimentalización: en especial, la discutible legalidad de las ‘cláusulas de reserva de modificación’.***

Un aspecto esencial es el relativo a la disponibilidad de las normas previstas en el art. 41 TRET. A nuestro entender, siguiendo con el criterio de un sector de la doctrina judicial y de la doctrina, en términos generales, debe afirmarse “la naturaleza imperativa mínima de la regulación contenida en el artículo 41 TRET, de manera que la negociación colectiva estatutaria o la contratación individual podrían limitar, pero no ampliar, las posibilidades de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni tampoco pueden establecer un procedimiento para llevarla a cabo menos garantista para los trabajadores que el exigido en el citado artículo 41”<sup>608</sup>.

---

<sup>603</sup> El empresario está facultado para seleccionar a los trabajadores concretamente afectados por la medida modificativa, siempre que no acuda a criterios discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales. Por otra parte, los representantes de los trabajadores no tienen reconocida prioridad legal alguna. **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 149 y 150.

<sup>604</sup> Decisión jurídicamente perfecta y por tanto susceptible de ejecución directa. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 215. Recordar, además, que por medio del art. 85.1 y de la D. Ad. 13ª TRET cabe la posibilidad de que el convenio colectivo prevea mecanismos para solventar las discrepancias surgidas en el período de consultas.

<sup>605</sup> En estos casos, no puede hablarse de una aceptación por parte del afectado, ni siquiera tácita, ya que no es necesario el consenso explícito o implícito del trabajador para perfeccionarse, sino que se trata de un negocio unilateral recepticio. **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 159; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 213.

<sup>606</sup> Teniendo en cuenta que “la petición de rescisión no tiene establecida especialidad alguna, tramitándose por el procedimiento ordinario, siendo de aplicación la norma general que sobre la procedencia del recurso de suplicación contra las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social establece el art. 189.1 TRLPL”. STSJ Extremadura 19 de noviembre 2002 (JUR 2003\81594).

<sup>607</sup> Paralelamente, si se trata de una modificación de una condición colectiva, también cabe su impugnación a través del proceso de conflicto colectivo (arts. 41.4 TRET y 151 y ss. TRLPL), sin que puedan intervenir los representantes de los trabajadores que hubieran firmado el acuerdo.

<sup>608</sup> STSJ La Rioja 19 de octubre 2004 (AS 2822). En la doctrina, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 351; y **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 195. **GARCÍA MURCIA**, analizando el contenido del art. 40 TRET y cuestionándose la posibilidad de que el convenio colectivo establezca un procedimiento distinto para los traslados y desplazamientos, asevera que el art. 40 TRET “no se atribuye de forma expresa esa función de supletoriedad de la normativa pactada, ni tampoco hace remisión a la negociación colectiva de la que pudiera deducirse esa conclusión”. Debiéndose entender que se trata de una norma de derecho necesario o incluso de orden público laboral. Por lo que, “siendo así, difícilmente la negociación

Sin embargo, la cuestión dista mucho de ser pacífica. Planteándose numerosos conflictos en lo que se refiere a la posibilidad de sustraerse de lo previsto en el art. 41 TRET a través del contrato de trabajo (i.-); o bien, que sea la propia autonomía colectiva quién lo prevea (ii.-).

i.- En cuanto a la modificación de condiciones individuales establecidas en el contrato de trabajo, se plantea la legalidad de las denominadas “cláusulas de reserva de modificación”. Un sector de la doctrina admite su licitud siempre y cuando “recaiga sobre condiciones concretas”, y no constituyan una “autorización genérica o ‘en blanco’”<sup>609</sup>. También se admite que en el propio contrato se prevea un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones individuales de trabajo, conforme a lo que determine la autonomía de la voluntad<sup>610</sup>.

Sin embargo, la legalidad de este tipo de acuerdos, a nuestro entender, resulta, por lo menos, discutible, en primer lugar, porque no puede olvidarse que la modificación unilateral de las condiciones establecidas en el contrato, más allá del pacto novatorio, tienen carácter *excepcional*, porque se parte de un principio de inamovilidad<sup>611</sup>. En segundo lugar, porque “no hay duda de la naturaleza imperativa mínima del art. 41 TRET en relación con la negociación colectiva y la contratación individual, impeditiva del establecimiento de un régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo menos favorable para los trabajadores que el establecido en él, en lo que se refiere a la modificación de condiciones de origen contractual”<sup>612</sup>. En tercer lugar, porque resulta ciertamente forzado entender que existe

---

colectiva podría prescindir de esas reglas, como no fuera para establecer otras de contenido análogo. Por ello, quizás el papel que reste al convenio colectivo en esta materia sea tan sólo de mejora del régimen legal desde el punto de vista del trabajador”. **GARCÍA MURCIA**. *La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994, p. 87.

<sup>609</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 75. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**, en cambio, afirma que el art. 41 TRET “viene a ser efectivamente una concreción en el ámbito laboral de lo dispuesto por el artículo 1256 CC, una interdicción de la arbitrariedad en el cumplimiento de los contratos. En materia laboral la determinación de las condiciones de trabajo admite una cierta indeterminación inicial, pero una vez determinadas por el empresario en virtud de su poder de especificación únicamente admiten variaciones plenamente unilaterales si se trata de modificaciones no sustanciales”. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1993, p. 526.

<sup>610</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 76.

<sup>611</sup> **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 87. La consideración del contrato de trabajo como contrato de tracto sucesivo y la atención al conjunto de valores y circunstancias que subyacen al mismo, ha determinado que el legislador haya previsto la posibilidad de modificaciones del contenido prestacional o de las condiciones que son inherentes a su ejecución, por iniciativa de una de las partes. Naturalmente que esta posibilidad de proceder unilateralmente a una novación objetiva del contrato ha de obedecer a razones o circunstancias previstas en la norma habilitante (...) de modo que las variaciones que afectan a la prestación de trabajo, en defecto de acuerdo entre el trabajador y el empresario, sólo podrán efectuarse por las causas y mediante los procedimientos legalmente previstos según los casos”. **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 365 y 366.

<sup>612</sup> **ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI**. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, op. cit., p. 594. Según **PEDRAJAS MORENO** partiendo de la base de que el TRET no posibilita que “el contrato establezca una cláusula que establezca

un acuerdo *libre*, cuando probablemente la contratación está condicionada a la aceptación de esta cláusula por parte del trabajador<sup>613</sup>. Y, finalmente, aceptar la legalidad de las “cláusulas de reserva de modificación”, dando a entender que se trata de un acuerdo novatorio implícito que se “proyecta sobre una fase posterior de ejecución de la prestación laboral”, difícilmente puede deslindarse de la renuncia anticipada de derechos y del cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC)<sup>614</sup>.

En cuanto a la posibilidad de pactar en el contrato un procedimiento distinto del previsto en el art. 41 TRET, debe partirse de la base de que la autonomía de la voluntad debe respetar el derecho necesario, especialmente, en el momento constitutivo de la relación contractual<sup>615</sup>. Por tanto, debe diferenciarse “entre el consentimiento concreto y actual de un trabajador en una determinada modificación de sus condiciones de trabajo, que puede ser válido, y un consentimiento abstracto y de futuro, que habilite a la empresa para imponer al trabajador modificaciones de alcance, efectos y fecha imprecisos en el futuro, puesto que este segundo tipo de consentimiento no es sino derogación *uti singuli* de la norma legal, que constituye un suelo contractual mínimo, lo que determina la nulidad de la declaración de voluntad del trabajador que dispone *contra legem* de sus derechos futuros”<sup>616</sup>.

ii.- Mayores conflictos se plantean a la hora de determinar si la autonomía colectiva está facultada para alterar el procedimiento legalmente previsto. Como premisa de partida, entendemos que la modificación de lo previsto en un convenio colectivo es una norma de orden público<sup>617</sup>. Aunque, como se analizará, la jurisprudencia la ha relativizado

---

un régimen jurídico de modificación de condiciones menos favorable que el previsto en el art. 41 TRET, permitiendo que el empresario pueda libremente reformar peyorativamente una condición de naturaleza sustancial ostentada por el trabajador”, debe admitirse, no obstante, la posibilidad de que el trabajador pueda admitir la modificación en tales circunstancias respecto de las condiciones más beneficiosas. **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 377 y 378.

<sup>613</sup> Desde una perspectiva de la finalidad de la norma, de admitirse, si se me permite, se estaría dejando entrar por la ventana lo que no se quiere que entre por la puerta.

<sup>614</sup> STSJ Murcia 17 de diciembre 1997 (AS 4536).

<sup>615</sup> No puede aceptarse, por tanto, que “las partes simplemente están determinando el régimen jurídico del contrato que regulará su relación laboral, para lo que la autonomía de la voluntad no tiene más límite que el derecho necesario y la determinación más o menos flexible del objeto del negocio jurídico. Nos hallamos en el momento constitutivo de la relación contractual, momento en el que el art. 41 TRET no juega ningún papel. La posterior aplicación del régimen modificativo pactado se enmarca dentro del cumplimiento de lo expresamente estipulado por las partes, con lo que no se traspasa el límite de la prestación debida”. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 76.

<sup>616</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 23 de marzo 2005 (AS 548). Por ejemplo, la STSJ Cataluña 14 de febrero 1994 (AS 560) declara la nulidad de una cláusula contractual que habilita al empresario a “cambiar de horario al trabajador cuantas veces lo estime necesario. Se incluye dentro de esta facultad la variación del día de descanso semanal”, por “subvertir la normativa convencional, estableciendo condiciones de trabajo distintas a las pactadas colectivamente”. Tampoco se admite la cláusula contractual que declara la novación automática del contrato en el supuesto de producirse variaciones de jornada en las dependencias de trabajo contempladas en el mismo. STSJ Castilla y León (Valladolid) 19 de diciembre 2005, rec. 2238/2005. *Vid.* también STSJ Navarra 27 de enero 1999 (AS 153).

<sup>617</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 90. En este sentido también se manifestaba el Acuerdo Interconferencial sobre Estructura de la Negociación Colectiva de 1997 (AINC'97). En concreto, se afirma que la regulación legal de los poderes empresariales de movilidad y modificación de condiciones de trabajo



sustancialmente. Asumida esta premisa, no cabe duda de que la autonomía colectiva dispone de una amplia capacidad para determinar los imprecisos contornos del artículo 41 TRET, así como para contribuir a reforzar los aspectos del precepto legal más estrechamente ligados a su función ordenadora de la negociación colectiva<sup>618</sup>.

En virtud de este planteamiento, en algún caso (relativamente frecuente), simplemente se realiza una remisión al articulado de la Ley<sup>619</sup>; o se reproduce literalmente su contenido<sup>620</sup>. Más allá de estos supuestos, la regulación convencional resulta ciertamente heterogénea, regulando una variedad de aspectos del procedimiento. Por ejemplo, se incrementan la obligación de información por parte de la empresa<sup>621</sup>; o se impone la obligatoriedad de celebrar un período de consultas para los supuestos de modificación sustancial individual<sup>622</sup>; o bien, se

---

es absolutamente imperativa o ‘de derecho necesario’. *Vid.* al respecto, **CASAS BAAMONDE**. *Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre la estructura de la Negociación Colectiva*. RL 1997 – I, p. 97.

No obstante, VALLEJO DACOSTA afirma, discutiblemente, que no es posible que la negociación colectiva establezca procedimientos que disminuyan o eliminen las prerrogativas que el legislador ha reconocido al empresario en orden a la modificación de condiciones contractuales de trabajo. VALLEJO DACOSTA, *op. cit.*, p. 92. En términos similares, **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 86; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 81. En contra, con mejor doctrina a nuestro entender, admitiendo la legalidad de estas cláusulas de prohibición, **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 117 a 121.

<sup>618</sup> **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 126. Autora que (siguiendo las pautas establecidas en el AINC’97) afirma que los convenios colectivos pueden establecer “tres tipos de previsiones relativas al procedimiento de modificación: aquéllas que regulan un procedimiento concreto para que en el ámbito de la empresa pueda llevarse a cabo la inaplicación del convenio, las que especifican el procedimiento de la consulta-negociación con los representantes y, finalmente, la regulación de diversos mecanismos que posibiliten la adopción del acuerdo”. Desde esta perspectiva - según la citada autora -, nada impide al igual que con las cláusulas de descuelgue, que el propio convenio establezca la obligatoriedad de acudir a la comisión paritaria si el empresario pretende proceder a una modificación del convenio. En cuanto a la concreción de las consultas los convenios pueden reforzar el contenido del deber de información, o especificar la selección de los trabajadores afectados, o cualquier otro aspecto que contribuya a garantizar que la negociación se realiza de buena fe. Finalmente, la posibilidad de establecer mecanismos para resolver las discrepancias, está prevista en el art. 85.1 y en la D.Ad. 13ª TRET. *Vid.* al respecto, **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 131 y 151a 153.

<sup>619</sup> CCOL – Valencia - Comercio de Ultramarinos y Similares (BO Valencia 21 de abril 2006, LEG 2324); CCOL – Barcelona, Lleida y Tarragona - Chocolates, bombones, caramelos y chicles (DOGC 7 de octubre 2005, LCAT 622); CCOL – Huesca - Industria de la Panadería (BO. Huesca 7 de junio 2005, LEG 4876); CCOL – Valencia – Comercio Textil (BO. Valencia 9 de julio 2004, LEG 4165); CCOL – Barcelona – Fabricantes de Galletas (DOGC 30 de enero 2004, LCAT 41); CCOL Empresa Guadalmundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436).

<sup>620</sup> CCOL – Almería - Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase (BO. Almería 11 de noviembre 2005, LEG 8053).

<sup>621</sup> Por ejemplo, el art. 21 del CCOL – Huelva – Industria de la Madera (BO. Huelva 6 de julio 2004, LEG 5377), declara que “cuando en una empresa se introduzcan nuevas tecnologías que puedan suponer para los trabajadores modificación sustancial de condiciones de trabajo, o bien un período de formación o adaptación técnica no inferior a un mes, se deberá comunicar las mismas con carácter previo a los representantes de los trabajadores en el plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias en relación con: empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo”. Y, el art. 31 del CCOL – Estatal – Personal Laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE 14 de marzo 2002, RCL 773) establece la obligación de la empresa de entregar “una memoria justificativa de las causas o motivos de la modificación propuesta, así como de las medidas a aplicar y sus referencias temporales”.

<sup>622</sup> CCOL – Cataluña - Personal Laboral de la Generalitat de Cataluña (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424); y CCOL – Guipúzcoa – Artes Gráficas Papel y Cartón (BO. Guipúzcoa 3 de febrero 2005, LEG 390). En algunos supuestos se establece la obligatoriedad de establecer un período de consultas en los supuestos de modificación sustancial del horario (CCOL – Estatal – Industria Fotográfica, BOE 6 de junio 2006, RCL 1147); o bien, de las funciones (CCOL – Galicia – Industria Siderometalúrgica, DO. Galicia 1 de octubre 2004, LEG 6125). En otros

amplía el período establecido legalmente<sup>623</sup>. En ocasiones, se amplía la facultad de los representantes de los trabajadores establecida en el art. 64.4.a TRET, extendiéndolo a cualquier modificación sustancial<sup>624</sup>.

En cuanto al método de adopción de la medida, pese a la unilateralidad que el Legislador reconoce al empresario para las modificaciones individuales y las *colectivas menores*, en algún supuesto, se supedita la modificación a la existencia de un acuerdo entre el empresario y los trabajadores<sup>625</sup>. Previéndose, en algunos casos, mecanismos para solventar las discrepancias<sup>626</sup>; e, incluso suspendiendo la ejecutividad de la decisión empresarial hasta que se resuelva la discrepancia con los representantes de los trabajadores<sup>627</sup>.

Sin embargo, más allá de esta tarea de *especificación* de lo previsto en la Ley y de mejora de sus garantías, un sector de la doctrina entiende que en virtud de la libertad de negociación el convenio colectivo puede establecer un procedimiento modificativo distinto al previsto en el art. 41 TRET, pudiendo sustraerse de los mecanismos de protección que el mismo establece<sup>628</sup>. En este contexto, resultan especialmente conflictivas las cláusulas convencionales que posibilitan que la modificación de las materias que regulan queden diferidas a la autonomía individual o a la voluntad unilateral del empresario (cláusulas de reserva de modificación)<sup>629</sup>.

---

supuestos se establece un deber genérico de consulta para cualquier tipo de modificación sustancial (CCOL – Zamora - Vid, Cervezas y Bebidas Alcohólicas, BO. Zamora 27 de agosto 2004, LEG 5500).

<sup>623</sup> A 21 días, CCOL – Estatal – Industria Fotográfica (BOE 6 de junio 2006, RCL 1147).

<sup>624</sup> CCOL – Alicante – Comercio y Manufactura Vidrio Plano (BO. Alicante 23 de agosto 2004, LEG 8231).

<sup>625</sup> CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913); CCOL – Estatal – Ferralla (BOE 27 de enero 2006, RCL 142); CCOL – Cáceres - Industrias Siderometalúrgicas (DO. Extremadura 10 de diciembre 2005, LEG 8265); y CCOL – Estatal – Personal Laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE 14 de marzo 2002, RCL 773). Y, específicamente para la modificación del horario (CCOL – Guipúzcoa – Artes Gráficas Papel y Cartón, BO. Guipúzcoa 3 de febrero 2005, LEG 390; y CCOL – Estatal – Granjas Avícolas, BOE 6 de mayo 2004, RCL 1399); y para el sistema de rendimiento (CCOL – Estatal – Frío Industrial, BOE 28 de diciembre 2004, RCL 2660).

<sup>626</sup> Por ejemplo, estableciendo un arbitraje ante la Autoridad Laboral (CCOL – Cáceres - Industrias Siderometalúrgicas, Do. Extremadura 10 de diciembre 2005, LEG 8265), o ante el Tribunal Laboral de Cataluña (CCOL – Barcelona, Lleida y Tarragona - Chocolates, bombones, caramelos y chicles, DOGC 7 de octubre 2005, LCAT 622); bien al PRECO (CCOL – Guipúzcoa – Artes Gráficas Papel y Cartón, BO. Guipúzcoa 3 de febrero 2005, LEG 390); o bien si las partes así lo estiman a la mediación y arbitraje de la Comisión Mixta o bien al arbitraje según lo previsto en el ASEC-III (CCOL – Estatal - Comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería, BOE 22 de julio 2005, RCL 1543).

<sup>627</sup> CCOL – Valladolid – Piscinas e Instalaciones Acuáticas (BO. Castilla y León 19 de enero 2004, LEG 425).

<sup>628</sup> RIVERO LAMAS. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*, op. cit., p. 280.

<sup>629</sup> Por ejemplo, entendemos que no puede aceptarse la legalidad del art. 7, CCOL – Galicia - Personal Laboral del Sector Sanitario (DO. Galicia 10 de mayo 2005, LG 168) cuando dispone que “Si como consecuencia de esas facultades-deberes de carácter organizativo y, por ende, de la ordenación de las condiciones de trabajo del personal, se produce afectación sustancial de las mismas en los términos del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, será negociada con los comités de empresa en el ámbito de las instituciones afectadas. Así, la modificación de carácter colectivo de las condiciones recogidas en este convenio en materia de horario, régimen de trabajo a turnos, sistema retributivo y sistema de trabajo y rendimiento, sólo podrán producirse por acuerdo entre la institución y los representantes de los trabajadores. No será necesario el acuerdo en los términos del apartado 4º del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores cuando las modificaciones de las condiciones de trabajo en cada institución afecten en un período de 90 días a un número de trabajadores inferior a: a) Diez trabajadores en las instituciones que ocupen menos de cien trabajadores; b) El diez por ciento del número de trabajadores de la institución en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores, en las instituciones que ocupen trescientos o más trabajadores”. En términos más ambiguos, pues no se hace referencia al art. 41 TRET y por tanto, dando a entender que dispone de la regulación de todo el procedimiento a favor de cada empresa, el art. 8

Un sector de la doctrina admite su operatividad, porque la modificación de las condiciones previstas en la propia norma convencional por la vía que ella misma prevé no debe calificarse como una alteración sustancial de sus condiciones, sino simplemente la aplicación de sus cláusulas<sup>630</sup>. Por otra parte, en tanto que el art. 39.5 TRET<sup>631</sup> contiene una regla que dispositiviza el régimen legal a favor del convenio colectivo, se afirma que también cabe extenderla al resto de supuestos<sup>632</sup>.

A nuestro juicio, sin negar la libertad de negociación de la autonomía colectiva, estos planteamientos no son admisibles porque soslayan el principio de subordinación del convenio colectivo a la ley (arts. 3 y 85.1 TRET) y, además, tales cláusulas atentan a la fuerza vinculante del convenio colectivo<sup>633</sup>. En cuanto a la extensión del art. 39.5 TRET a otros supuestos, tampoco puede admitirse. Especialmente, si se acepta que cuando el Legislador ha querido dispositivar el contenido de la Ley lo ha hecho de forma expresa, sin que pueda presumirse. Debiéndose entender, por tanto, que tiene carácter excepcional<sup>634</sup>.

---

del CCOL – Estatal – Perfumería (BOE 21 de septiembre 2004, RCL 2013) declara que “En el marco del Convenio y de la legislación vigente, en cada Empresa se concretarán las cuestiones que, tratándose de modificaciones sustancial de condiciones de trabajo, estarán sometidas a: Información a posteriori; Información previa; Consulta previa; Negociación previa. Los interlocutores para cada una de tales modalidades serán los Representantes de los Trabajadores del mismo ámbito (de centro o intercentros) en que se plantea la medida”. Y el art. 9 del CCOL – Estatal – Mataderos de Aves y Conejos (BOE 12 de noviembre 2003, RCL 2815) establece que “las Empresas podrán mantener, modificar o establecer los sistemas de trabajo y rendimiento, previo informe del Comité de Empresa y Delegados de Personal,

<sup>630</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 80; y **GOERLICH PESET**. *El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit. (versión digital).

<sup>631</sup> Como se sabe el art. 39.5 TRET dispositiviza las *reglas de procedimiento* a seguir para acordar modificaciones sustanciales, concediendo a la negociación colectiva la facultad de establecer una reglamentación distinta a la prevista en el art. 41 TRET. **SALA FRANCO**. *La movilidad funcional*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994, p. 75; y **MIRÓN HERNÁNDEZ**. *Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencia*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997, p. 199.

<sup>632</sup> **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 86. Criterio compartido por **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital).

<sup>633</sup> **ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*, op. cit., p. 1404. Siguiendo a **ROMÁN DE LA TORRE**, “resulta muy difícil trasladar al artículo 41 TRET la categoría de derecho necesario relativo como canon de valoración para este tipo de cláusulas ya que no representa en sentido estricto un derecho inderogable del trabajador, sino un sistema de control colectivo de la modificación del convenio”. **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 123. En contra, **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ** afirma que dicho precepto tiene carácter de derecho necesario relativo. **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 351.

<sup>634</sup> **MIRÓN HERNÁNDEZ**. *Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencia*, op. cit., p. 199; **CAMPS RUIZ**. *La modificación de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 36; y **SALA FRANCO**. *La movilidad funcional*, op. cit., p. 75 y 76. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** tras admitir la legalidad de las cláusulas que habilitan al empresario a modificar unilateralmente las materias reguladas en el propio convenio (*vid. supra*), entiende que si tales materias no estuviera reguladas en el propio convenio debe rechazarse la legalidad de tales cláusulas, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva del art. 39.5 TRET, dado su carácter excepcional. Entenderlo de otro modo, afirma, iría en contra del principio de jerarquía normativa y de respeto a la ley. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 81 y 82.

Incluso, aunque se admitiera su dispositividad - siguiendo la exposición de ROMÁN DE LA TORRE -, la viabilidad de tales cláusulas se encontraría con varios límites sustanciales, cuya operatividad varía en función del ámbito del convenio. Si el convenio que lo admitiera fuera supraempresarial, tales cláusulas convencionales supondrían una supresión de los derechos de los representantes sociales de la empresa a intervenir con carácter decisivo en la modificación. Si el convenio que lo admitiera fuera de empresa, si bien es cierto que no se plantearía el conflicto descrito en el supuesto anterior, pues serían los propios representantes los que renunciarían a la intervención en la negociación de las nuevas condiciones, se estaría imponiendo un límite difícilmente superable (extensible, también a los convenios de ámbito supraempresarial), pues tal cláusula no puede facultar al empresario para que fije las condiciones de trabajo en cuestión allí donde cualquier otra norma estatal prevea su establecimiento por convenio o por acuerdo con el trabajador, esto es, cuando se establezca una individualización prohibida legalmente. Por todo ello, debe rechazarse una “cláusula de naturaleza genérica, en la que la facultad empresarial no se defina en relación a las materias afectadas, las razones de la supresión, la duración o la causa, debiendo, en cualquier caso, dejar a salvo los derechos económicos y de reacción de los trabajadores afectados”<sup>635</sup>.

Sin embargo, la doctrina judicial y jurisprudencial admiten la legalidad de la facultad del empresario para modificar unilateralmente determinadas materias reguladas en el convenio colectivo, porque así lo permite el mismo<sup>636</sup>. Concretamente, como premisa de partida, se afirma que “finalidad manifiesta del art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios”, por tanto “el art. 41 ET podrá ser infringido por el empleador que intente modificar aquellas condiciones de trabajo sin seguir el procedimiento previsto en dicho precepto legal o en aspectos no permitidos por él, pero no por quienes hacen uso de la autonomía colectiva que les confiere el art. 28 de la Constitución. En tal sentido el art. 41.2 ET se constituye como norma garantizadora de que lo pactado en Convenio había de ser respetado en su integridad por el empresario, a salvo que llegue al acuerdo modificador por él autorizado, pero no como norma limitadora de las posibilidades de la autonomía negociadora de las partes”<sup>637</sup>. Por consiguiente, se admite la legalidad de las cláusulas convencionales que

---

<sup>635</sup> ROMÁN DE LA TORRE. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 123 a 125. *Vid.* también, RIVERO LAMAS. *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*, op. cit., p. 281 y 282; y VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 93.

<sup>636</sup> Aunque en alguna ocasión se ha declarado su inadecuación. Por ejemplo, declarando la ilegalidad del procedimiento previsto en el convenio colectivo para modificar algunas de las materias que regula por ser contrario a la ley, STSJ Extremadura 29 de abril 2002 (AS 2155).

<sup>637</sup> STS 7 de marzo 2003 (RJ 4499). Pronunciamiento que afirma que “la posibilidad de que por medio de la negociación colectiva se establezcan otros procedimientos de modificación distintos de los previstos en el art. 41 ET se ha aceptado por esta Sala al admitir la aplicación empresarial de modificaciones previstas en Convenio, distintas de las previstas por el citado precepto, como puede apreciarse en SSTs 9 de noviembre 1998 (RJ 8918); 17 de julio 2000 (RJ 7635); 5 de junio 2002 (RJ 6922); 24 de octubre 2002 (RJ 458); y 24 de enero 2003 (RJ 3202).

habilitan a la dirección de la empresa a modificar unilateralmente ciertas materias, alegando que en tanto que dicha posibilidad está reconocida en el propio convenio, no opera alteración convencional alguna y, por tanto, el art. 41 TRET no es aplicable<sup>638</sup>.

Siguiendo un planteamiento similar, en otros casos, se afirma la disponibilidad de un modo indirecto, esto es, a través de la definición por convenio colectivo de lo que debe entenderse por modificación sustancial y, por tanto, delimitando los supuestos que no están sujetos al procedimiento establecido en el art. 41 TRET<sup>639</sup>. También se ha admitido una facultad de alteración de ciertas materias en términos ciertamente amplios, sin necesidad de acudir al procedimiento legalmente establecido, en tanto que se trata de una medida dirigida a evitar el recurso a los ERE en los supuestos de disminución de la producción<sup>640</sup>.

#### ***1.1.2.1.4.- Facultad resolutoria del trabajador ante la modificación sustancial (remisión).***

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo supone una alteración del equilibrio contractual pactado que, probablemente, está describiendo una excesiva onerosidad

---

<sup>638</sup> La STS 9 de noviembre 1998 (RJ 8918) entiende que la facultad reconocida a la dirección de la Empresa (Banca Nationale de Paris BNP España) para modificar el horario de ciertos colectivos de los trabajadores, “no se trata de una modificación colectiva de lo pactado en el Convenio que deba ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino de la mera aplicación de lo pactado por las partes en el Convenio Colectivo”. *Vid.* también, STSJ Madrid 18 de mayo 2005 (AS 1352), respecto a la legalidad de un convenio colectivo (Empresa IPT, S. A.) que habilita al empresario para en último término imponer a los trabajadores la realización de una jornada especial. También, la SJS León (nº 1) 30 de septiembre 2002 (AS 2477) que admite que “la modificación de los turnos de trabajo prevista en el artículo 8.1 del Convenio Colectivo 2001-2002 [Empresa Telefónica de España, S.A.] puede hacerla la empresa demandada sin necesidad de ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, bastando con la mera aplicación de lo pactado por las partes en el Convenio Colectivo, cuya legalidad no se cuestiona, en el que se concede a la empresa en los casos en tal precepto detallados la posibilidad unilateral de establecer determinados turnos de trabajo en festivos y fines de semana”.

<sup>639</sup> Así, la STSJ Comunidad Valenciana 23 de abril 1996 (AS 1301), entiende que, pese a que el art. 41 TRET vincula por ser derecho necesario, la posibilidad reconocida en convenio colectivo (Empresa Ford España, S. A.), de modificar los turnos de trabajo, para remediar problemas temporales de producción, que situaciones especiales en determinadas áreas puedan ocasionar (siempre requiriendo para su efectividad los siguientes requisitos: “a) Que existan razones técnicas, organizativas o de producción, a juicio de la compañía, debidamente fundamentadas. b) Que se comuniquen con la antelación de diez días naturales a la efectividad de los cambios de turnos a la representación de los trabajadores”), “evoca la idea de que los negociadores del Convenio no estimaron que tal medida constituyera una modificación sustancial de las condiciones de trabajo” y, por ende, no es preciso el cumplimiento del procedimiento establecido legalmente. En términos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 5 de octubre 1999 (AS 7059) declara que la posibilidad reconocido en convenio colectivo (Empresa Ford España, S. A.) para que la empresa pueda disponer la variación de los turnos de trabajo (reduciéndolos) cuando concurren razones técnicas, organizativas o de producción (dando cumplimiento al siguiente procedimiento: a.- comunicación a la representación de los trabajadores; b.- comunicación al personal afectado, cubriendo las necesidades de variación con los voluntarios que se presenten; c.- en caso de que no se presenten voluntarios o sean éstos insuficientes se respetará a los más antiguos dentro de su categoría y grado, efectuándose los cambios con los más modernos de entre los trabajadores afectados) no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo debiéndose proceder conforme al procedimiento previsto en el convenio colectivo.

<sup>640</sup> En este sentido, la doctrina judicial ha admitido la legalidad de las cláusulas convencionales que reconocen las denominadas “bolsas de horas”. SSTs 3 de julio 2003 (RJ 2005\4342); y 27 de diciembre 2001 (RJ 2004\7463); y STSJ Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005 (AS 3054); aunque en otro supuesto se declara su inadecuada utilización por cuanto la empresa no ha acreditado suficientemente los motivos que le impulsaron a utilizarlas tal y como prevé el propio convenio. STSJ Castilla y León (Valladolid) 30 de junio 2005 (AS 2427). Supuestos todos ellos, relativos al CCOL Empresa Fasa Renault, S. A.

sobrevenida. Sin embargo, teniendo en cuenta que el objetivo del Legislador es preservar la continuidad en el empleo, la posibilidad de resolver indemnizadamente el contrato se articula de un modo ciertamente restrictivo. El objetivo es, por un lado, persuadir al trabajador para que continúe prestando sus servicios, pese al cambio; y, paralelamente, disuadir al empresario a alterar ciertas condiciones de trabajo. Sin olvidar que, si el trabajador entiende que la decisión empresarial ha perjudicado su formación profesional o menoscabado su dignidad, puede optar por resolver el contrato en base a un incumplimiento imputable del empresario. En cualquier caso, entendemos que, de cara a la coherencia expositiva, el estudio de esta facultad resolutoria debe efectuarse conjuntamente con ocasión del estudio de los supuestos extintivos.

#### ***1.1.2.1.5.- Control judicial de la decisión empresarial.***

La desaparición del control administrativo previo de la facultad modificatoria al empresario, no ha afectado a la posibilidad de control judicial *ex post*. Si el trabajador opta por impugnar la decisión empresarial, el Juez puede declarar justificada, injustificada o nula. Debe declararse que la decisión modificativa es justificada en los supuestos en los que haya quedado acreditadas las razones invocadas por la empresa (art. 138.5 TRLPL), sin olvidar que el juez, a través del juicio de razonabilidad, debe valorar que la decisión empresarial responde a una necesidad objetiva de la empresa y no a la mera conveniencia del empresario.

La decisión será injustificada en el caso de que el empresario no acredite suficientemente la causa alegada. Se decretará la nulidad respecto de las *nuevas* modificaciones si el empresario realiza modificaciones funcionales o de horario en períodos superiores a los 90 días, sin que concurren nuevas causas, superándose los umbrales cuantitativos legalmente establecidos (art. 138.5.3º TRLPL)<sup>641</sup>. Más allá de estos supuestos, las consecuencias jurídicas del incumplimiento del procedimiento o de alguno de sus requisitos es una cuestión regulada deficitariamente por la Ley, lo que ha exigido la intervención activa de los órganos jurisdiccionales. En términos generales, la doctrina entiende que la declaración de nulidad es extensible a los supuestos en los que se incumplan los trámites legales o convencionales esenciales del procedimiento<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 211; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 343; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 149; y **RIVERO LAMAS**. *Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Dir. Martínez Emperador). Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1996, p. 85.

<sup>642</sup> **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*. Aranzadi. Pamplona, 2000, p. 431; **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 163; **MIRANZO DÍEZ**. *El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 167 y 168; **PALOMO BALDA**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales*. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996, p. 179; **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 342; y

Así, si el empresario no notifica al trabajador la modificación o su causa, un sector entiende que debe declararse la nulidad<sup>643</sup> y otros, en cambio entienden que la omisión de la causa debe conllevar que se declara injustificada<sup>644</sup>. Por otro lado, la doctrina también discrepa respecto al tratamiento que debe darse al incumplimiento del preaviso. Algunos autores entienden que no debe afectar a la validez de la decisión, sin perjuicio de la posibilidad del trabajador de diferir la aceptación de la adaptación de su prestación hasta el cumplimiento del período de preaviso, o bien a reclamar una indemnización por los perjuicios derivados de la inmediatez de la decisión empresarial<sup>645</sup>. Otros, en cambio, abogan por sancionar la omisión del plazo de preaviso con la nulidad<sup>646</sup>.

En las modificaciones de tipo colectivo, el incumplimiento del período de consultas, conlleva la declaración de nulidad de la decisión empresarial<sup>647</sup>; y del mismo modo en los supuestos en los que no se respete el deber de negociar de buena fe<sup>648</sup>; o la modificación de las

---

**SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 275.*

En la doctrina judicial, STSJ Comunidad Valenciana 16 de febrero 2005 (AS 862) y 15 de abril 2002 (JUR 145783); y Cataluña 3 de noviembre 2004 (AS 3570). En contra, STSJ Madrid 29 de septiembre 1998 (AS 3342).

<sup>643</sup> **ROMÁN DE LA TORRE.** *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit., p. 169 a 171; y*

<sup>644</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCCONI.** *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 275.* Autora que entiende que la omisión de la notificación al trabajador debe sancionarse con la nulidad (p. 277). En contra, **RIVERO LAMAS.** *Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit., p. 85.*

<sup>645</sup> **ROMÁN DE LA TORRE.** *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales, op. cit., p. 176.* CRUZ VILLALÓN, por su parte, entiende que el incumplimiento del plazo de preaviso, justifica que el trabajador ejerza el *ius resistendae* hasta que transcurra el plazo legalmente habilitado, pudiéndose sancionar administrativamente al empleador. **CRUZ VILLALÓN.** *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit., p. 163.* MIRANZO DÍEZ, a partir de una interpretación analógica con el régimen jurídico previsto para el incumplimiento de los trámites formales del despido, afirma – aunque con matices – que el incumplimiento de los trámites formales en las modificaciones sustanciales individuales no pueden provocar la nulidad de la medida. **MIRANZO DÍEZ.** *El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, op. cit., p. 167.*

<sup>646</sup> **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ.** *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit., p. 321.* Declarando la nulidad por incumplimiento del plazo de preaviso, STSJ Castilla y León (Burgos) 14 de septiembre 2005 (AS 3606).

<sup>647</sup> STS 11 de abril 1999 (RJ 4721); y 9 de diciembre 2003 (RJ 2004\2003); y SSTSJ Canarias (Las Palmas) 17 de febrero 2005 (JUR 91514); Galicia 5 de julio 2003 (AS 3973); Castilla y León (Burgos) 18 de noviembre 2002 (AS 2003\144); Aragón 18 de noviembre 2002 (AS 3528); Navarra 29 de septiembre 2000 (AS 4558); Castilla La Mancha 28 de septiembre 1998 (AS 4290); Comunidad Valenciana 25 de noviembre 1997 (AS 4764); y Andalucía (Granada) 21 de noviembre 1995 (AS 4186). En la doctrina, **PEDRAJAS MORENO.** *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit., p. 391.* En contra, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.** *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo, op. cit., p. 370 y 371.*

La celebración de reuniones previas a la implantación de la medida pero no adoptadas mediante la convocatoria oportuna de los representantes legales de los trabajadores, no puede identificarse con la celebración del período de consultas exigido por la norma. STSJ Comunidad Valenciana 1 de diciembre 2004 (JUR 74345). La oposición de los representantes de los trabajadores a la celebración del período de consultas no puede calificarse como un incumplimiento de este trámite por parte de la empresa. STSJ Canarias (Las Palmas) 18 de noviembre 2005 (AS 3665).

<sup>648</sup> “El período de consultas ha de realizarse bajo una verdadera voluntad de diálogo, procurando la consecución del acuerdo respecto de todas y cada una de las circunstancias que afecten a la medida propuesta”. STSJ La Rioja 1 de septiembre 2005 (AS 3648) – que cita las SSTSJ Cataluña 4 de marzo y 26 de febrero 1998 (AS 1828 y 1493); STSJ Andalucía 22 de julio 1998 (AS 3810); Murcia 20 de octubre 1998 (AS 4428).

condiciones se realice sin el acuerdo oportuno, cuando éste sea exigible<sup>649</sup>; también, si el acuerdo no alcanza la mayoría exigible; o si no se respetan las reglas de preferencia previstas; o cuando se proceda a modificar el materias que exceden de los supuestos previstos en el art. 41.1 apartados, b, c, d o e; asimismo, todas aquellas modificaciones introducidas por el procedimiento individual cuando es obligado realizarlas por el trámite colectivo; o, finalmente, las modificaciones realizadas no respetando los mínimos legales de derecho necesario<sup>650</sup>.

También cabe declarar la nulidad cuando la decisión modificatoria empresarial tuviera como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador<sup>651</sup>.

Finalmente, si la decisión empresarial es declarada injustificada, el empresario está obligado a reponer al trabajador en sus anteriores condiciones laborales. Si, en cambio, es declarada nula la ejecución de la sentencia debe declararse en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la resolución del contrato con derecho al percibo de una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades (art. 138.6 y 7 TRLPL) <sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> SSTS 11 de abril 1999 (RJ 4721); y 9 de diciembre 2003 (RJ 2004\2003); y SSTSJ Navarra 14 de noviembre 2004 (AS 2020); y Castilla y León (Valladolid) 14 de octubre 2002 (AS 3218). Comparte este criterio, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 370 y 371.

<sup>650</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 163; **ROMÁN DE LA TORRE**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., p. 90 y 91; y **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 342.

<sup>651</sup> **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 105 y 106; y **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 431.

<sup>652</sup> Como se ha expuesto con ocasión del análisis del art. 50 TRET, si el empresario incumpliera el reintegro o lo hiciera de un modo irregular (pese a la confusa redacción del art. 138.6 TRLPL) el trabajador tiene derecho a exigir su cumplimiento y, si el empresario persiste en su negativa al cumplimiento de la sentencia, puede pedir la extinción del contrato conforme a lo previsto en el art. 50.1.c) TRET. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 431 y 432.



### 1.1.3.- La movilidad geográfica.

La movilidad geográfica descrita en el art. 40 TRET queda configurada como una modificación del lugar de prestación del trabajo decidida unilateralmente por el empresario por *causas de empresa*<sup>653</sup>. La sujeción al principio de causalidad denota un principio fundamental de esta institución jurídica que opera como premisa de partida: la inamovilidad del trabajador. La profunda repercusión de esta decisión empresarial en la vida del trabajador y de su familia es indudable, afirmándose que la orden de movilidad geográfica resulta “pluriofensiva” para el trabajador<sup>654</sup>.

No obstante, a pesar de este perjuicio cualificado, lo cierto es que, desde un punto de vista sustantivo de la protección de los intereses del trabajador, no se aprecian excesivas diferencias entre la respuesta legislativa a una movilidad geográfica y la prevista para una modificación sustancial de las condiciones de trabajo<sup>655</sup>. De hecho, a partir de 1994, la descripción de las causas con perfiles poco nítidos, y de forma idéntica a como se hace en el art. 41 TRET, la (casi) desaparición de la intervención administrativa (preceptiva durante la vigencia del ET’80, con carácter previo en el supuesto de traslado<sup>656</sup>) y el reconocimiento de ejecutividad a la decisión empresarial, describen una facultad empresarial de modificación en términos ciertamente amplios<sup>657</sup>. En definitiva, encuadrándola en el seno de la gestión ordinaria de la plantilla. Lo que incrementa notablemente el riesgo a que el trabajador decida desistir (para el caso de que se trate de un supuesto no subsumible en el art. 40 TRET o simplemente

---

<sup>653</sup> SANTIAGO REDONDO. *Movilidad geográfica, op. cit.*, p. 346.

<sup>654</sup> SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica, op. cit.*, p. 117 y ss. *Vid.* al respecto también, entre otros, SALA FRANCO. *Movilidad geográfica*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”. (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, p. 275 y 276; y SOUTO PRIETO. *Traslado del centro de trabajo, op. cit.*, p. 57. En la doctrina judicial, STSJ Cataluña 17 de febrero 2003 (AS 1868).

<sup>655</sup> Salvo el incremento de la indemnización legal, para el supuesto de que el trabajador decida resolver el contrato, y la posibilidad de que la Autoridad Laboral intervenga suspendiendo la decisión empresarial.

<sup>656</sup> Con anterioridad al ET’80, ni la LCT’31 ni la LCT’44 contienen norma alguna que específicamente regule este supuesto modificatorio. Los arts. 20, 76 y 89.7 LCT’31 y los arts. 16.1, 64 y 78.c LCT’44 genéricamente establecen la obligación del empresario de respetar el trabajo pactado, facultando al trabajador para resolverlo si le exigía “un trabajo distinto del pactado”. Recuérdese que es la LRL’76 la que, por primera vez, introduce – art. 22 - una categoría de modificación específica, como es, el cambio de lugar de trabajo con cambio de residencia, temporal o transitorio (desplazamiento) o, por el contrario, de carácter duradero o presumiblemente definitivo (traslado), sometido a la autorización administrativa y reconociendo la competencia de la Autoridad Laboral para dirimir los posibles conflictos entre trabajador y empresario; reconociéndose, asimismo, el llamado “derecho del consorte” (art. 22). En tanto que el RDLRL’77 no afectará a lo previsto en la LRL’76, hasta la promulgación del ET’80 no se modifica levemente su régimen jurídico. Finalmente, en lo sustancial, el ET’80 no se aparta de lo previsto en la LRL’76. Desde entonces, se sigue haciendo una distinción entre el traslado y el desplazamiento (si el cambio es superior a un año), supeditando el primero a la previa autorización administrativa. Régimen que debe complementarse con lo previsto en los arts. 1 a 3 REMSE’80. Desde la perspectiva causal, añade un nuevo supuesto (“contrataciones referidas a la actividad empresarial”); y se excluye expresamente del art. 40 ET’80 a “los contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes”.

<sup>657</sup> Sin ignorar, como se analizará, que en los traslados colectivos la decisión empresarial está condicionada a ciertas limitaciones, como la obligación de las consultas con los representantes de los trabajadores y la supervisión de la Autoridad Laboral, estando facultada para demorar la decisión empresarial si no hubiera acuerdo.

un desplazamiento prolongado); o bien, opte por la resolución indemnizada. Por otra parte, se trata de un supuesto que ha dejado numerosos aspectos sin respuesta y carece de una sistematización adecuada<sup>658</sup>.

De todos modos, se entiende que el mantenimiento de su tratamiento normativo separado al resto de modificaciones sustanciales se debe, precisamente, a su “pluriofensividad”. En cualquier caso, unánimemente se considera que se trata de un supuesto específico de modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>659</sup>, por lo que son perfectamente trasladables todas las cuestiones relativas a su naturaleza y fundamentación dogmática<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> En este sentido, como ha apuntado la doctrina, el ámbito de aplicación del art. 40 TRET no contempla todos los supuestos posibles de movilidad geográfica, omitiendo la regulación de la movilidad derivada de un acuerdo entre trabajador y empresario o a raíz de una decisión unilateral del trabajador, la motivada por razones disciplinarias, o bien los cambios de puesto de trabajo dentro del mismo centro o los cambios de centro de trabajo que no exijan un cambio de domicilio. *Vid.* al respecto, **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 274; **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). *Ibidem*, Madrid 1997, p. 87 a 90; **ORTIZ LALLANA**. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*. Actualidad Editorial. Madrid, 1994, p. 32 a 34; y **MARÍN CORREA**. *La nueva movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 413 y 414. En este sentido, algún convenio colectivo, al regular la movilidad geográfica, explicita que quedan fuera de su ámbito de aplicación los cambios derivados de una sanción disciplinaria. Por ejemplo, CCOL – Bizcaia - Licores, Criadores, Exportadores, Embotelladores y Almaceneros (BO. Bizcaia 14 de enero 2005, LEG 115); y CCOL – Zaragoza - Actividades Agropecuarias (BO. Zaragoza 8 de julio 2004, LEG 5403). También queda fuera del art. 40 TRET el personal que haya sido contratado especialmente para prestar servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes (art. 40.1.1º TRET). Según las SSTS 19 de junio 1995 (RJ 5203) y 4 de diciembre 1995 (RJ 9304) “el centro de trabajo es móvil o itinerante cuando concurre, o bien ‘indeterminación espacial’ del puesto de trabajo o bien ‘emplazamiento múltiple’ de la actividad o servicio desarrollado, incluyendo precisamente entre los supuestos típicos de tal concepto a las empresas de montajes eléctricos y de tendido y empalme de líneas y redes”. En este sentido, debe precisarse que “una cuestión es que la empresa tenga centros móviles o itinerantes, y otra muy diferente es que la permanencia de la empresa en un centro de trabajo se subordine a la vigencia de la contrata, o que por la dedicación de la misma se imponga movilizar a su personal regularmente según las necesidades del servicio, razón por la cual se prevé la situación de desplazamientos con una flexibilidad superior a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores”. STSJ Extremadura 9 de marzo 2005 (AS 534). *Vid.* extensamente en la doctrina, **SERRANO OLIVARES**. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, *op. cit.*, p. 183 a 197. Tampoco puede subsumirse en el ámbito de aplicación del art. 40 TRET los supuestos de cambios geográficos entre distintas empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, siendo imprescindible el consentimiento del trabajador. **ORTIZ LALLANA**, *op. cit.*, p. 42 a 46. Salvo en los supuestos de desplazamiento, pues, en algún caso, la doctrina judicial (STSJ Castilla y León 30 de noviembre 1993, AS 5098), en base a la literalidad de los párrafos 1º y 4º del art. 40 TRET – habla de desplazamiento a “población distinta” y no a un “centro de trabajo de la empresa” - ha admitido que el lugar de destino puede corresponder a empresa distinta. **SERRANO OLIVARES**, *op. cit.*, p. 76 y 77.

Por otra parte, también cabe identificar otros motivos de traslado: por razones de seguridad y salud en el trabajo (art. 25 TRLPRL); por razones sociales o de política social, a la vista de la minusvalía o la reducción de la capacidad laboral del trabajador y en evitación de medidas más traumáticas (resolución). **GARCÍA MURCIA**, *op. cit.*, p. 93.

<sup>659</sup> Así lo da a entender el art. 41.5 TRET. En la doctrina, por ejemplo, **LUJÁN ALCARAZ**. *Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, *op. cit.* (versión digital). No obstante, en algún supuesto, la doctrina judicial ha calificado como modificación sustancial de las condiciones de trabajo supuestos no subsumibles en el art. 40 TRET. STSJ Madrid 14 de marzo 2005 (AS 769). Doctrina casada por la STS 26 de abril 2006 (RJ 3105).

<sup>660</sup> **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40)*. REDT nº 100, 2000, p. 851; **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 217 y 219.

### ***1.1.3.1.- Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ frente a la movilidad geográfica.***

Dada la repercusión de esta decisión empresarial en la vida del trabajador, el riesgo a que se acabe extinguiendo el contrato es, como se ha apuntado, ciertamente elevado. Desde esta perspectiva, se comprende la configuración de un ‘estatuto protector del trabajador’ frente a la decisión empresarial, sustentado en base a los siguientes factores o elementos: exigencia de un desequilibrio contractual objetivo (1.1.3.1.1.-); que la decisión empresarial comporte un cambio de residencia (1.1.3.1.2.-); la necesidad de cumplir con ciertas formalidades (1.1.3.1.3.-); el control judicial, *ex post* (1.1.3.1.4.-); y para los supuestos de traslado, la posibilidad de la autoridad administrativa de suspender la decisión (1.1.3.1.5.-) y el reconocimiento del derecho al trabajador de resolver el contrato indemnizadamente en los traslados (1.1.3.1.6.-). Finalmente, dados los conflictos interpretativos que suscita, debe hacerse mención al traslado de la totalidad del centro de trabajo (1.1.3.1.7.-).

Por otra parte, antes de proceder al estudio de estas cuestiones, conviene tener en cuenta que el tratamiento normativo de la movilidad geográfica en la negociación colectiva está muy generalizado, estableciendo reglas que tratan de atenuar los efectos de esta decisión empresarial sobre la vida del trabajador y de su familia, bien suavizando la unilateralidad de la medida o bien estableciendo medidas dirigidas a paliar las consecuencias del traslado<sup>661</sup>. Aunque es frecuente que se limiten a reproducir literalmente el art. 40 TRET<sup>662</sup>; o se remiten simplemente a su contenido<sup>663</sup>.

---

<sup>661</sup> La doctrina ha afirmado que se trata de un “cambio ‘vital’ y no sólo laboral, dada la importancia del ‘territorio’ en la conformación de la vida del trabajador y de su familia”. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>662</sup> CCOL – Extremadura – Aguas (DO. Extremadura 18 de marzo 2006, LEXT 91); CCOL – Las Palmas – Manufactura Vidrio Plano (DO. Las Palmas 13 de enero 2006, LEG 957); CCOL – Madrid – Aparcamientos y Garajes (BOCM 16 de julio 2004, LCM 294).

<sup>663</sup> CCOL – Estatal – Calzado (BOE 7 de octubre 2005, RCL 1998); CCOL – Estatal - Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable (BOE 25 de junio 2004, RCL 1462); CCOL – Estatal – Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE 5 de septiembre 2005, RCL 1854); CCOL – Palencia - Trabajos Agropecuarios (BO. Palencia 25 de agosto 2005, LEG 3820); CCOL – Toledo – Panaderías (BO. Toledo 19 de agosto 2004, LEG 5808); CCOL – Bizcaia – Comercio Textil (BO. 6 de mayo 2004, LEG 2986); CCOL – Toledo – Sector del Campo (BO. Toledo 29 de abril 2004, LEG 5388); CCOL – Comunidad Valenciana – Estaciones de Servicio (DOGV 29 de septiembre 2003, LCV 303).

### **1.1.3.1.1.- Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.**

El art. 40 TRET se refiere a dos figuras de movilidad geográfica: traslado y desplazamiento temporal. Y, para ambas, el nivel de riesgo normativamente exigido es el mismo que el previsto para los supuestos descritos en el art. 41 TRET. Respecto del desplazamiento temporal, pese a que no se haga mención al respecto, se estima que debe exigirse el mismo que el previsto para el traslado<sup>664</sup>. En cuanto al tratamiento de estas cuestiones en la negociación colectiva, son escasos los convenios que hagan referencia a las “causas de empresa”, y cuando lo hacen es para enumerarlas<sup>665</sup> o bien para reproducir literalmente el contenido del art. 40.1.2º TRET<sup>666</sup>.

### **1.1.3.1.2.- Cambio de residencia.**

La descripción del traslado y del desplazamiento temporal gravita alrededor de la exigencia o no de un “cambio de residencia”. Es importante advertir que si no concurre, la decisión empresarial queda subsumida como una especificación de la prestación convenida y, por consiguiente, incardinada en su poder de dirección (denominada “movilidad geográfica no sustancial o débil”<sup>667</sup>)<sup>668</sup>. En consecuencia, ante la existencia de estatutos protectores

---

<sup>664</sup> DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 219; GARCÍA MURCIA. *Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 90; ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 37; y SALA FRANCO. *Movilidad geográfica*, op. cit., p. 291. Aunque, sin compartir el criterio, un sector de la doctrina entiende que la concurrencia de las causas de empresa en los supuestos de desplazamiento deben observarse con mayor flexibilidad que con respecto al traslado, “por cuanto que responde a necesidades ocasionales, coyunturales, consustanciales a la gestión diaria de la empresa”. SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 231.

<sup>665</sup> CCOL – Estatal - Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados (BOE 24 de noviembre 2003, RCL 2732); CCOL – Tarragona – Madera (DOGC 11 de octubre 2005, LCAT 627); CCOL – Bizcaia – Empresas Mayoristas Pescados y Mariscos (BO. Bizcaia 29 de enero 2004, LEG 518); CCOL Empresa Air Nostrum (BOE nº 279, 22 de noviembre 2005). El CCOL – Granada – Cemento (BO. Granada 12 de agosto 2005, LEG 5699), al igual que el art. 40.1 ET’80, establece que la movilidad es posible cuando concurren “razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que lo justifiquen, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial”. En términos similares, CCOL – Castilla y León – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. Castilla y León 27 de enero 2003, LCyL 53)

<sup>666</sup> Por ejemplo, CCOL – Estatal – Entrega Domiciliaria (BOE 12 de marzo 2004, RCL 663); CCOL – Las Palmas – Manufactura Vidrio Plano (DO. Las Palmas 13 de enero 2006, LEG 957).

Un caso excepcional (de entre los consultados) lo constituye el CCOL Empresa Guadalundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436), pues, el traslado está condicionado a que la empresa constatare la “urgencia de las necesidades” que le impulsan a tomar una decisión de traslado. En términos similares, CCOL – Estatal – Empresas de Seguridad (BOE 20 de febrero 2002, RCL 528).

<sup>667</sup> STS 18 de marzo 2003 (RJ 3650). Aunque algún sector de la doctrina científica entiende que debe calificarse como un supuesto de movilidad funcional. *Vid.* al respecto, STSJ La Rioja 27 de enero 2004 (AS 663).

<sup>668</sup> La STSJ Cataluña 17 de febrero 2003 (AS 1868): “sin menoscabo, no obstante, del derecho de trabajador, a ser indemnizado en los perjuicios que tal decisión empresarial le ocasione, por razón de la ‘mayor’ distancia y gastos de transporte que la misma genere” (en términos similares, SSTSJ Cataluña 30 de enero 2004, AS 1194; La Rioja 27 de enero 2004, AS 663; Comunidad Valenciana 26 de febrero 2002, JUR 2003\55865; Galicia 5 de noviembre 2001, AS 2002\85, Castilla La Mancha 14 de diciembre 2000, JUR 2001\70178; Cataluña 8 de marzo 1999, AS 382). Y

claramente diferenciados, el interés de los trabajadores se centrará en defender una concepción del concepto “cambio de residencia” lo más flexible y omnicomprendido posible.

La delimitación del supuesto de hecho del traslado y del desplazamiento queda definida por los siguientes elementos. En primer lugar, debe tratarse de un cambio de destino, lo que implica la existencia de un puesto de trabajo anterior desempeñado con carácter de permanencia<sup>669</sup>. En segundo lugar, debe tratarse de un cambio de centro de trabajo de la misma empresa<sup>670</sup>. Y, en tercer lugar, en el caso de traslado, el cambio de residencia debe ser prolongado, pudiendo ser definitivo<sup>671</sup>; mientras que en el desplazamiento es, por definición, temporal. Si bien la dimensión temporal está normativamente acotada<sup>672</sup>, y no plantea excesivos conflictos de interpretación<sup>673</sup>, los problemas surgen en cuanto a la concreción del concepto jurídico indeterminado “cambio de residencia”. En este sentido, se ha considerado que el significado del concepto *residencia*, debe entenderse referido al domicilio habitual del trabajador y no a la residencia administrativa<sup>674</sup>. Los principales conflictos se suscitan respecto de las situaciones en las que la decisión empresarial objetivamente exige o no un cambio de

---

esta facultad “no tiene otro límite ni más necesidad que la de la exigencia de la buena fe (...), que no precisa de demostración ya que ha de presumirse como propia e implícita en la relación laboral”. STSJ Extremadura 11 de febrero 2004 (AS 654). En tal caso, “las acciones frente a los supuestos de movilidad geográfica no sustancial o débil no están sujetas al plazo de caducidad alguno y sí sólo al general de prescripción de 1 año que establece el artículo 59.1 del Estatuto para todas las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial”. SSTS 27 de diciembre 1999 (RJ 2029); 18 de marzo y 16 de abril 2003 (RJ 3650 y 4531).

<sup>669</sup> **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 277. No puede calificarse como desplazamiento el cambio de un trabajador desde un centro de trabajo cerrado a otro porque debe entenderse que se trata de un traslado definitivo. *Vid.* al respecto, STS 17 de febrero 2000 (RJ 2048); y STSJ Extremadura 4 de noviembre 2005 (AS 3052). Sin embargo, si el cierre no es definitivo sino temporal, no cabe entender que se trata de un traslado. STSJ Andalucía (Sevilla) 30 de septiembre 2005 (AS 257).

<sup>670</sup> Sin que la ley distinga entre cambios efectuados dentro o fuera del territorio nacional. Los convenios colectivos consultados, por su parte, tampoco acostumbran a introducir esta distinción.

<sup>671</sup> Doce meses en un período de tres años (art. 40.4.4º TRET). Pese a que los convenios colectivos pueden rebajar este tope, lo cierto es que, como se observará, no se trata de una cuestión que se regule habitualmente. En cuanto al momento en el que debe iniciarse el cómputo la doctrina entiende que debe ser desde el primer día que el desplazamiento es efectivo. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 220; y **GARCÍA MURCIA**. *La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores*, *op. cit.*, p. 97.

En tanto al sentido de la expresión del art. 40.4.4º TRET “a todos los efectos” y el conflicto respecto de si el trabajador tiene derecho a seguir percibiendo las dietas (además de los gastos) en los supuestos en los que el desplazamiento temporal supera el límite legalmente previsto, *vid.* STS 14 de octubre 2004 (RJ 2005\2168). Y, en la doctrina, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40)*, *op. cit.*, p. 856.

<sup>672</sup> Art. 40.4.4º TRET.

<sup>673</sup> En cuanto al cómputo de este período de 12 meses a efectos de su calificación como traslado sólo puede tenerse en cuenta el realizado a un solo centro de trabajo, excluyéndose del cómputo los desplazamientos a varios centros de trabajo. [*Obiter dicta*] STS 14 de octubre 2004 (RJ 2005\2168). En contra, STSJ Madrid 8 de mayo 2001 (AS 2270); y, en un supuesto de desplazamiento temporal y del reconocimiento del permiso de 4 días, País Vasco 18 de enero 2000 (AS 3260), afirmándose que “la única condición que se deriva del precepto en cuestión [art. 40.4 TRET] para que se dé un desplazamiento es la necesidad de residir en población distinta de la del domicilio habitual”; y añadiendo que dicha condición no queda “desvirtuada por el hecho de que en los días festivos por calendario laboral o por acuerdo del trabajador desplazado con la empresa en determinadas ocasiones aquél regrese a su domicilio”. Abogando por este criterio en la doctrina, (aunque rechazándolo a efectos del reconocimiento del permiso de 4 días), **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 350 y 351.

<sup>674</sup> **SERRANO OLIVARES**. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, *op. cit.*, p. 181; y **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 279. En este sentido, pese a que el art. 40.4 TRET se refiere explícitamente al “domicilio habitual” del trabajador, el art. 40.1 TRET se limita a hablar de “cambio de residencia”.

residencia<sup>675</sup>. Teniendo presente, sin embargo, que la localidad o término municipal no pueden monopolizar la delimitación del concepto de cambio de residencia, debiéndose acudir a un análisis individualizado de cada caso<sup>676</sup>. Por otra parte, se ha apuntado que la “exigencia o no exigencia de cambio de residencia merced a la distancia es algo *relativamente subjetivo*, tanto desde la perspectiva del o de los trabajadores afectados como, en última instancia, del propio juez”<sup>677</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que hay necesidad de cambio de residencia habitual cuando el desplazamiento diario al centro de trabajo resulte imposible o muy gravoso<sup>678</sup>. Y, para ello, debe procederse también a un análisis individualizado de cada caso<sup>679</sup>.

La negociación colectiva ha tratado de dar respuesta a esta conflictividad ofreciendo parámetros objetivos que permitan precisar si el cambio de residencia es exigible o no<sup>680</sup>.

---

<sup>675</sup> DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 220.

<sup>676</sup> STSJ Cataluña 7 de abril 2004 (AS 1682): el requisito del ‘cambio de residencia’, “debe ser analizado de forma individualizada en cada caso, atendiendo a circunstancias tales como el cambio de población del centro de trabajo, la lejanía del nuevo centro de trabajo respecto al domicilio del trabajador, los medios de transporte o compensaciones que ofrezca la empresa en contrapartida al cambio, la facilidad o dificultad en las comunicaciones, etc.”. En términos similares, SSTSJ Extremadura 11 de febrero 2004 (AS 654); y 21 de enero 2003 (AS 1743).

<sup>677</sup> DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 220.

<sup>678</sup> STSJ Andalucía (Málaga) 20 de marzo 1995 (AS 1026) “el art. 40.1 no impone que sea la empresa la que exija el cambio de residencia del trabajador sino que tal cambio venga impuesto o exigido por el hecho del traslado del centro de trabajo, es decir porque materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y desplazarse desde la misma a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo”. En términos similares, SSTSJ Cataluña 7 de abril 2004 (AS 1682); y 21 de julio 2004 (AS 2633) que cita las SSTCT 7 de febrero 1984 (RTCT 1032); 17 de septiembre 1987 (RTCT 19111); y 14 de junio 1988 (RTCT 4250).

<sup>679</sup> Entre otras, SSTSJ Cataluña 21 de julio 2004 (AS 2633); Extremadura 11 de febrero 2004 (AS 654); Castilla y León (Valladolid) 20 de febrero 2001 (JUR 148474); Madrid 13 de febrero 2001 (AS 1641); y Canarias (Tenerife) 17 de noviembre 1998 (AS 7582).

<sup>680</sup> Como afirma PERÉZ DE LOS COBOS ORIHUEL (*Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40)*, op. cit., p. 852 a 855), la existencia de una regulación convencional o contractual al respecto es una consecuencia de la derogación (Disposición Derogatoria Única Ley 11/1994, de 19 de mayo) de las Órdenes Ministeriales de 10 de febrero y 4 de junio de 1958 sobre plus de distancia. En estas circunstancias se plantea el conflicto relativo de si el trabajador, ante el silencio del convenio colectivo o de un acuerdo individual, tiene un derecho a reclamar una compensación económica en los supuestos de cambio de centro de trabajo que no implique un cambio de residencia. Los Tribunales parecen admitir que si el convenio colectivo regula la movilidad geográfica, pero omite cualquier referencia a determinar la compensación económica para los cambios de centro de trabajo que no exigen cambio de residencia, debe entenderse que el trabajador no tiene derecho a compensación alguna. SSTSJ Asturias 14 de noviembre 1997 (AS 3894); País Vasco 4 de febrero 1997 (AS 780); y Comunidad Valenciana 18 de octubre 1994 (AS 4038), cit. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., p. 855. *Vid.* también, STS 10 de junio 2003 (RJ 2005\3828); y SSTSJ Comunidad Valenciana 2 de octubre 2002 (AS 2334); Cataluña 20 de marzo 2002 (AS 1780); Castilla La Mancha 28 de diciembre 2001 (AS 2002\1487); 18 de febrero 1999 (AS 900); 24 de febrero 1998 (AS 1816); 13 de noviembre 1997 (AS 3926). Ahora bien, si nada se ha especificado ni en el convenio ni en el contrato, la duda reside en determinar si el trabajador tiene derecho a compensación alguna. La doctrina judicial no es pacífica al respecto, pues, mientras que algunos Tribunales entienden que cabe hacer una “reclamación en sede judicial de los concretos perjuicios causados”, en base a la “efectiva ruptura del equilibrio contractual” (SSTSJ Cataluña 26 de mayo 2005, AS 1760; 9 de junio 1999, AS 3076 - que cita otras muchas; y La Rioja 27 de julio 2000, AS 4069); otros Tribunales, con mejor doctrina a nuestro entender, consideran que “no cabe reclamar perjuicios de una actuación legítima y ajustada a derecho (...) que carece de fijación legal o pactada” (SSTSJ Asturias 22 de abril 2005, AS 2307; y Castilla y León/Valladolid 4 de enero 1994, AS 249; *vid.* también, SSTSJ Asturias 6 de marzo y 13 de febrero 1998, AS 6645 y 149; Cataluña 13 de noviembre 1997, AS 3927; y Navarra 30 de diciembre 1996, AS 4525, cit. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., p. 855). Comparte este criterio, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, op. cit., p. 854 y 855; y SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 218 y 219. Finalmente, la STS 19 de abril 2004 (RJ 2864) se ha decantado por esta segunda opción, declarando que no es aplicable el art. 1101 CC, “pues la actuación empresarial está autorizada por Ley y no supone incumplimiento de la obligación”.

Circunstancia que se tiende a acotar mediante la descripción de un radio medido a partir de parámetros temporales y/o espaciales<sup>681</sup> - aunque se trata de una cuestión no exenta de conflictos interpretativos<sup>682</sup>. Circunstancia que, a la postre, ha acabado difuminando la importancia del concepto “cambio de residencia habitual” en la identificación de la movilidad geográfica.

#### **1.1.3.1.3.- Procedimentalización de la movilidad geográfica.**

En lo relativo a las formalidades a cumplir, es donde se aprecian mayores diferencias entre el traslado (1.-) y el desplazamiento (2.-).

---

Finalmente, si las partes han acordado una compensación, cabe la posibilidad que la misma se concrete en una cantidad a tanto alzado (STSJ Cataluña 30 de enero 2004, AS 1194).

<sup>681</sup> Por ejemplo, 100 kilómetros (CCOL – Alicante - Preparadores de Especies, Condimentos y Herboristería – BO. Alicante 13 de julio 2004, LEG 5355); 40 kilómetros (CCOL – Galicia - Comercio de Alimentación - DO. Galicia 23 de marzo 2005, LEG 2889; y CCOL – Castilla y León – Personal Laboral al Servicio de la Administración - BO. Castilla y León 27 de enero 2003, LCyL 53); 35 kilómetros (CCOL – Lugo – Comercio Alimentación – DO: Galicia 18 de octubre 2004, LEG 6223); 30 kilómetros (CCOL – Estatal – Empresas de Trabajo Temporal – BOE 24 de junio 2004, RCL 1449; CCOL – Cataluña – Empresas de Trabajo Temporal - DOGC 20 de enero 2005, LCAT 15; CCOL – Estatal – Prensa Diaria - BOE 25 de diciembre 2002, RCL 3026); o bien, 25 kilómetros (CCOL – Estatal – Cajas de Ahorro - BOE 15 de marzo 2004, RCL 693). Y el CCOL – Estatal - Servicios Externos, Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios (BOE 17 de junio 2005, RCL 1244) declara que “Ningún trabajador podrá ser trasladado de su lugar de prestación de servicio a otro fuera de su misma provincia, salvo acuerdo entre el trabajador y empresa”.

También se establecen parámetros combinados. Por ejemplo, 50 kilómetros o un cambio de provincia, CCOL – Guipúzcoa – Estaciones de Servicio (BO. Guipúzcoa 11 de enero 2006, LEG 91). El CCOL – Sevilla – Ayuda a Domicilio (BO. Sevilla 25 de agosto 2005, LEG 3786) establece que “El personal (...) no podrá ser trasladado a un centro de trabajo distinto, de la misma empresa, que exija cambios de residencia fuera de la provincia o Comunidad Autónoma uniprovincial, salvo que la distancia fuese inferior a 40 Km., a no ser que existan razones técnicas, organizativas o productivas que lo justifiquen”. En términos idénticos, CCOL – Estatal - Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio (BOE 30 de julio 2003, RCL 1961). El CCOL – Granada – Cemento (BO. Granada 12 de agosto 2005, LEG 5699), en vez de delimitar un radio a partir del cual debe entenderse la existencia de un traslado, describe un radio en el que en ningún caso debe entenderse que el cambio de centro de trabajo debe entenderse como traslado. Concretamente, afirma que “No serán de aplicación los supuestos previstos en el presente artículo en los casos de traslados producidos en los que concurren algunas de las circunstancias siguientes: a) Los efectuados dentro del mismo término municipal; b) Los efectuados a menos de quince kilómetros del centro originario, para el que fue inicialmente contratado, o del que posteriormente fuese trasladado con carácter definitivo; c) Los efectuados a menos de quince kilómetros del lugar de residencia habitual del trabajador”. En términos idénticos, CCOL – Estatal - Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados (BOE 24 de noviembre 2003, RCL 2732); CCOL – Sevilla – Cemento (BO. Sevilla 1 de agosto 2005, LEG 3712). El CCOL – Estatal – Prensa (BOE 22 de julio 2005, RCL 1544) entiende que no se entenderá como traslado si se realiza dentro del mismo municipio o en otro pero a una distancia inferior a 30 kilómetros desde el antiguo centro de trabajo. Y el CCOL Empresa Grupo Generali España (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) establece que “entenderá que hay variación de residencia cuando el centro de trabajo de destino diste del centro de trabajo de origen 100 kilómetros o más y/o el tiempo invertido en el trayecto sea de una hora o más de transporte público, compensándose dicho cambio de centro como un traslado”.

En algún caso, el criterio establecido debe calificarse como ilegal. Por ejemplo, el CCOL Empresa Cetarsa (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) entiende que sólo existe traslado si se produce a más de 60 kilómetros y además si provoca un cambio de residencia.

<sup>682</sup> *Vid.* al respecto *infra*. En los supuestos en los que el radio de acción quede delimitado por una referencia una distancia medida en kilómetros, surge la duda de si para computar la distancia determinante de la existencia o no de movilidad geográfica, se debe considerar un patrón geográfico - de distancia kilométrica determinada conforme a cálculos cartográficos – o bien un patrón de comunicabilidad - de distancia kilométrica determinada conforme a las vías de comunicación. Abogando por el patrón de comunicabilidad, STSJ Galicia 23 de marzo 2003 (AS 2978).

1.- En cuanto al traslado, se establece una distinción entre el traslado individual/plural y el colectivo. Distinción trascendente por cuanto el sistema de garantías legalmente descrito para uno y otro es diverso. Aunque, en este sentido, la regulación apenas se aparta del período de consultas previsto en los expedientes de regulación de empleo<sup>683</sup>. Teniendo siempre presente que si el empresario, con el fin de eludir el procedimiento previsto para los traslados colectivos procediera a efectuarlos en períodos sucesivos de 90 días en un número inferior a los umbrales legalmente establecidos, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, los *nuevos* traslados serán declarados nulos (art. 40.1.6º TRET)<sup>684</sup>. Si el traslado es individual o plural basta con que el empresario comunique su decisión al trabajador y a los representantes de los trabajadores con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad. Si el traslado es colectivo, la decisión empresarial debe ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las causas, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (art. 40.2 TRET)<sup>685</sup>. Desaparecida la intervención administrativa para autorizar o no la decisión empresarial, el empresario está plenamente facultado para llevar a cabo su decisión, incluso con la oposición de los representantes de los trabajadores. Quienes

---

<sup>683</sup> Respecto al cómputo de este período de tiempo, nos remitimos a lo que se expondrá con ocasión del estudio del procedimiento previsto en el art. 51 TRET. No obstante, específicamente relacionado con la movilidad geográfica, un sector de la doctrina entiende que el período de referencia puede operar en un doble sentido, hacia delante y hacia atrás. **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 282 y 283. En cambio, con mejor doctrina a nuestro entender, en favor de su consideración sólo hacia el pasado, **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 110. *Vid.* también *infra* en lo relativo a la determinación del *ratio* afectados y efectivos (referidos éstos últimos en función de la empresa y no sólo del centro de trabajo, STSJ Castilla La Mancha 21 de abril 1999, AS 1565). Para el cómputo deben tenerse en cuenta los traslados adoptados por decisión empresarial, sin que deban tenerse en cuenta aquellos cambios fruto de un pacto novatorio. En contra, STSJ Castilla La Mancha 26 de mayo 1997 (AS 2468) entiende que si se proyecta un traslado que supera los umbrales legales establecidos (exigiendo el procedimiento para el traslado colectivo), pero posteriormente disminuye su número como consecuencia de ofertar la posibilidad de acceder al traslado de forma voluntaria (e indemnizada) quedando por debajo de los umbrales numéricos legales, no obsta a que no deba seguirse el procedimiento colectivo, so pena de que se califiquen los traslados como nulos. Un comentario crítico a esta sentencia en, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40)*, *op. cit.*, p. 858 y 859.

<sup>684</sup> **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 431. En contra, declarando la nulidad de todos los traslados, STSJ Andalucía (Málaga) 21 de mayo 1997 (AS 1918), *cit.* **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*. RMTAS nº 58, 2005, p. 104.

<sup>685</sup> Al respecto, también es trasladable el análisis que con ocasión de la resolución del contrato por causas de empresa se efectuará con posterioridad respecto del informe preceptivo previo de los representantes legales de los trabajadores; de la determinación de los representantes de los trabajadores que pueden participar en este proceso negociador; de la necesidad de negociar de buena fe; de las mayorías necesarias para adoptar el acuerdo; así como de los mecanismos previstos para solventar las discrepancias que pudieran surgir a los largo de las consultas. También puede traerse a colación el análisis de la naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados tras el período de consultas, debiendo distinguir entre el acuerdo de movilidad geográfica (derivado del derecho de participación *ex* art. 129.2 CE) de otros acuerdos de regulación que pudieran derivarse del período de consultas (derivados del derecho a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE). Para NORES TORRES, existen ciertas exigencias previstas en el art. 6 RPRE'96 cuya traslación presenta mayores problemas; en concreto, el plan social (no parece ser exigible en estos supuestos) y la solicitud de informe de la representación unitaria (sólo exigible para el caso de determinadas decisiones como, por ejemplo, el traslado de instalaciones – art. 64.1.3.b TRET). **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 174.



tienen prioridad de permanencia en la empresa<sup>686</sup>. En cuanto al resto de trabajadores, el empresario puede elegir libremente a los trabajadores afectados, a no ser que se identifique un móvil discriminatorio, o bien fraude de ley o abuso de derecho<sup>687</sup>.

El empresario, adoptada la decisión, debe preavisar al trabajador con una antelación de por lo menos 30 días a la fecha en la que el traslado sea efectivo<sup>688</sup>. Asimismo, el trabajador debe “percibir una compensación por gastos, tanto los propios como los de los familiares a su cargo, y que han de entenderse referidos a los que le cause el cambio de residencia, como por ejemplo, los del viaje y traslado de muebles y enseres”<sup>689</sup>. Extremo cuyo incumplimiento puede justificar la negativa del trabajador a cumplir la orden, sin que, por tanto, su comportamiento pueda ser calificado como un incumplimiento contractual<sup>690</sup>.

2.- En caso de desplazamiento temporal, se requiere el cumplimiento de unos requisitos y exigencias de mucho menor rigor que en el traslado. En este sentido, el empresario, tomada la decisión, siempre que el cambio geográfico sea de más de tres meses, simplemente debe preavisar al trabajador con una antelación mínima de cinco días<sup>691</sup>. Si el desplazamiento es

---

<sup>686</sup> STSJ Cataluña 20 de febrero 2004 (AS 1792): “la preferencia que el artículo 40.5 del ET concede a los representantes legales de los trabajadores para permanecer en su puesto de trabajo en caso de traslado o desplazamiento, tan sólo es de aplicación en referencia a aquellos compañeros de trabajo respecto a los cuales se encuentre en idéntica situación, de tal manera que frente a ellos el representante goza del derecho preferente a mantenerse en su puesto de trabajo, pero esta preferencia no puede ser de aplicación respecto a quienes no se encuentran en condiciones de igualdad por gozar de mejor derecho que los demás trabajadores de la empresa en virtud de lo dispuesto válidamente en pacto o convenio colectivo”. Sin embargo, como se analizará, son ciertamente numerosos los convenios colectivos que extienden estas reglas de prioridad de permanencia a otros colectivos de trabajadores.

<sup>687</sup> *Vid.* al respecto *infra* con ocasión del análisis del art. 51 TRET.

<sup>688</sup> En cuanto al contenido de la comunicación se entiende que debe exponerse el nuevo destino geográfico y laboral, así como las motivaciones de su decisión, sin que la norma exija la forma escrita. **MARÍN CORREA**. *La nueva movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 414 y 415. En cambio, CAMPS RUIZ entiende que la notificación debe ser escrita, **CAMPS RUIZ**. *Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales*, *op. cit.*, p. 204. En términos similares, **ROMERO BURILLO**. *El nuevo régimen jurídico del traslado individual del trabajador*, *op. cit.*, p. 384.

Si el empresario incumple el plazo de preaviso de 30 días el trabajador puede impugnar la decisión empresarial, sin perjuicio de su ejecutividad; a no ser que opte por la extinción del contrato, en cuyo caso, el plazo para comunicar dicha decisión (que se entiende que coincide con el plazo de preaviso), debe prolongarse más allá de la fecha en la que el traslado se ha hecho efectivo. STSJ Comunidad Valenciana 17 de septiembre 1998 (AS 3619).

<sup>689</sup> STSJ Extremadura 13 de junio 1998 (AS 2747).

<sup>690</sup> STSJ Andalucía (Granada) 25 de septiembre 1995, “si se pretende que al trabajador no le suponga perjuicio económico alguno el hecho del desplazamiento, obvio es que lo que no cabe es pretender que sea éste quien con su retribución mensual o sus ahorros haga frente al incremento de gastos consiguiente, pues en tal caso se está haciendo repercutir en el operario parte de las consecuencias perjudiciales del desplazamiento, sin que exista precepto alguno que ampare tal proceder empresarial”. En términos similares, SSTSJ Extremadura 13 de junio 1998 (AS 2747); Galicia 9 de mayo 1995 (AS 1893); y Castilla y León (Valladolid) 27 de abril 1993 (AS 2110).

<sup>691</sup> En cuanto al contenido de la comunicación se entiende que “debe especificar al trabajador que el cambio a población distinta de la de su residencia habitual no constituye traslado, sin un simple desplazamiento, concretando el tiempo aproximado de su duración y haciéndole ofrecimiento de los gastos de viaje y dietas” (STCT 12 de diciembre 1977), así como las razones justificativas del desplazamiento. **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 292.

Por otra parte, el empresario está obligado al abono de los gastos de viaje (gastos de desplazamiento) así como las dietas (gastos de alojamiento y manutención). STSJ Andalucía (Sevilla) 17 de junio 1991 (AS 3624), *cit.* **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 109 y 110. Es importante, tener en cuenta que “desplazamiento deberá respetar las condiciones laborales disfrutadas con anterioridad y, entre ellas, las percepciones salariales, amén de las condiciones más beneficiosas de origen contractual” **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 109. Además, el trabajador por cada tres meses de desplazamiento tiene derecho a un permiso de 4 días laborables sin computar como tales los de viajes, cuyos gastos correrán a cargo del empresario (art. 40.4.2º TRET).

inferior a tres meses el trabajador debe ser informado con una “antelación suficiente” (art. 40.4.2º TRET)<sup>692</sup>.

#### ***a.- El papel de la negociación colectiva en la regulación de la procedimentalización.***

En lo relativo al procedimiento a seguir en los traslados, la acción normativa de la autonomía colectiva se ha centrado en incrementar el flujo de información y, sobre todo, matizar la unilateralidad de la decisión empresarial. Así, se reitera la obligación de información de la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores<sup>693</sup> o bien a comisiones paritarias<sup>694</sup>. Comisiones que en algún supuesto deben crearse *ad hoc*, para el análisis de la situación<sup>695</sup>.

En otros supuestos se amplía el plazo de preaviso al trabajador<sup>696</sup>. Pese a que el empresario puede adoptar la decisión unilateralmente, en ocasiones, se prioriza la movilidad voluntaria a la forzosa<sup>697</sup>. También se prevén mecanismos de negociación en los supuestos de traslado individual o plural con los representantes de los trabajadores<sup>698</sup> o, incluso, en la comisión paritaria<sup>699</sup>; previéndose mecanismos de solución de conflictos en caso de discrepancias<sup>700</sup>. E, incluso, en algún supuesto la movilidad está supeditada a la existencia de un pacto novatorio<sup>701</sup>.

---

<sup>692</sup> Un análisis crítico a esta previsión normativa en, **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>693</sup> CCOL – Estatal- Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla Cocida (BOE 12 de agosto 2003, RCL 2116); CCOL – Guipúzcoa - Locales y Espectáculos y Deportes (BO. Guipúzcoa 10 de enero 2005, LEG 41); CCOL – Bizcaia – Empresas Mayoristas Pescados y Mariscos (BO. Bizcaia 29 de enero 2004, LEG 518); CCOL Empresa Generali (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005). El CCOL – Zaragoza - Actividades Agropecuarias (BO. Zaragoza 8 de julio 2004, LEG 5403), se exige un informe previo de los representantes de los trabajadores del centro de trabajo de origen y de destino.

<sup>694</sup> Por ejemplo, CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809) obliga a informar a la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Conciliación y Arbitraje. Y el CCOL – Zaragoza - Actividades Agropecuarias (BO. Zaragoza 8 de julio 2004, LEG 5403), se exige un informe previo de los representantes de los trabajadores del centro de trabajo de origen y de destino.

<sup>695</sup> CCOL – Bizcaia – Empresas Mayoristas Pescados y Mariscos (BO. Bizcaia 29 de enero 2004, LEG 518); y CCOL – Guipúzcoa - Locales y Espectáculos y Deportes (BO. Guipúzcoa 10 de enero 2005, LEG 41).

<sup>696</sup> Ampliándolo a un año, CCOL – Bizcaia – Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón (BO. Bizcaia 15 de marzo 2005, LEG 2487); 60 días (CCOL – La Rioja – Alcohol, Bebidas Alcohólicas y Vino - BO. La Rioja 30 de julio 2005, LLR 178; y CCOL Empresa Mahou – BOE nº 261, 1 de noviembre 2005); o, bien a 45 días (CCOL – Galicia - Comercio de Alimentación - DO. Galicia 23 de marzo 2005, LEG 2889).

<sup>697</sup> CCOL – Estatal – Entrega Domiciliaria (BOE 12 de marzo 2004, RCL 663); CCOL – Toledo – Industrias Vinícolas (BO. Toledo 10 de julio 2004, LEG 4151); CCOL Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales (BO. Andalucía 20 de febrero 2003, LAN 105); CCOL Empresa Guadalmundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436).

<sup>698</sup> CCOL – Galicia - Comercio de Alimentación (DO. Galicia 23 de marzo 2005, LEG 2889)

<sup>699</sup> CCOL – Estatal – Personal Laboral del Consejo de Administración de Patrimonio Nacional (BOE 14 de marzo 2002, RCL 773): en el caso de movilidad geográfica de carácter individual, “ésta se negociará en la correspondiente Comisión Paritaria en el plazo de quince días desde su presentación con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión”.

<sup>700</sup> CCOL – Guipúzcoa – Estaciones de Servicio (BO. Guipúzcoa 11 de enero 2006, LEG 91); CCOL – Galicia - Comercio de Alimentación (DO. Galicia 23 de marzo 2005, LEG 2889); CCOL – Navarra - Industria Textil (BO.

También se llega a limitar la posibilidad de trasladar a ciertos colectivos de trabajadores<sup>702</sup>; o bien, condicionándolo a la concurrencia de ciertas circunstancias<sup>703</sup>. Incluso se limita el número de ocasiones a las que se puede exigir a un trabajador un traslado<sup>704</sup>; o bien, el período de tiempo mínimo que debe transcurrir para ordenar uno nuevo al mismo trabajador<sup>705</sup>.

La especial trascendencia que la movilidad geográfica tiene sobre la vida del trabajador y de su familia, se observa especialmente en el hecho de que son numerosos los convenios colectivos que establecen normas de prioridad de permanencia<sup>706</sup>. También se reconoce la posibilidad de volver al antiguo centro de trabajo<sup>707</sup>.

---

Navarra 30 de mayo 2003, LNA 250); CCOL – Cantabria - Taladores de Montes y Trabajos Forestales (BO. Cantabria 22 de abril 2003, LCTB 130); CCOL – Guipúzcoa - Locales y Espectáculos y Deportes (BO. Guipúzcoa 10 de enero 2005, LEG 41).

<sup>701</sup> CCOL – Granada - Limpieza de Edificios y Locales de Instituciones Sanitarias (BO. Granada 2 de diciembre 2004, LEG 7047); CCOL – Estatal – Cajas de Ahorro (BOE 15 de marzo 2004, RCL 693); CCOL – Comunidad Valenciana – Naranjas y Otros Agríos (DOGV 5 de marzo 2004, LCV 70); CCOL – Castilla La Mancha - Residencias Privadas de la Tercera Edad de Castilla-La Mancha (DO. Castilla La Mancha 28 de mayo 2003, LCLM 193).

Y el CCOL – Estatal - Servicios Externos, Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios (BOE 17 de junio 2005, RCL 1244), si el traslado se hace más allá de la provincia;

<sup>702</sup> El CCOL – Estatal – Industria Azucarera (BOE 11 de septiembre 2003, RCL 2317), declara que “Los representantes de los trabajadores, así como los trabajadores mayores de 58 años, no podrán ser trasladados de su centro de trabajo, salvo aceptación voluntaria”. Y, el CCOL – Zaragoza - Actividades Agropecuarias (BO. Zaragoza 8 de julio 2004, LEG 5403), exceptúa de la movilidad geográfica a los trabajadores mayores de 45 años. En términos similares, CCOL Empresa Enagas (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005).

<sup>703</sup> CCOL – Andalucía – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. Andalucía 28 de noviembre 2002, LAN 536): “Habrán de tenerse en consideración los siguientes criterios: a) Que ostente la categoría profesional y cualificación necesaria para desempeñar el puesto de destino; b) Que no exista en un centro de trabajo más próximo otra persona con el mismo perfil profesional y cuyo traslado fuera posible; c) De ser posible y reunir las condiciones necesarias, se trasladará preferentemente al personal con menor antigüedad en la Junta de Andalucía; d) Tendrá preferencia para permanecer en sus puestos de trabajo el personal con obligaciones familiares”.

<sup>704</sup> Por ejemplo, una vez (CCOL – Málaga – Vidrio Plano - BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159). Dos veces (CCOL Empresa Enagas - BOE nº 280, 23 de noviembre 2005).

<sup>705</sup> Por ejemplo, 5 años (CCOL – Asturias – Personal Laboral al Servicio de la Administración - BO. P. Asturias 25 de agosto 2005, LPAS 238); 4 años (CCOL – Andalucía – Personal Laboral al Servicio de la Administración - BO. Andalucía 28 de noviembre 2002, LAN 536); 2 años (CCOL Empresa Mahou – BOE nº 261, 1 de noviembre 2005); o, un año (CCOL Empresa Generali -BOE nº 280, 23 de noviembre 2005).

<sup>706</sup> Por ejemplo, CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809): “Tendrán prioridad para su permanencia en los puestos de trabajo que ocupen los trabajadores con responsabilidades familiares y aquellos otros que reúnan las condiciones que determinen al respecto las disposiciones vigentes. Asimismo, se tendrá en cuenta su antigüedad en el Centro de trabajo”. El CCOL – Baleares – Personal Laboral al Servicio CA (BO. Illes Balears 18 de octubre 2005, LIB 296): “los últimos en ser trasladados, dentro de cada categoría profesional, atendiendo al orden que se expone a continuación, serán los siguientes: a) Representantes sindicales; b) Discapacitados; c) Familias monoparentales; d) Mayores de cincuenta años; e) Titulares de familia numerosa; y f) Mayor antigüedad. El CCOL – Asturias – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. P. Asturias 25 de agosto 2005, LPAS 238): “Se establece el siguiente orden de prioridad en cuanto a la permanencia para los casos antes descritos de traslado que comporte cambio de residencia: 1) Representantes sindicales; 2) Aquellas personas cuyo cónyuge trabajase por cuenta ajena, siempre que no sea posible también su traslado a la localidad objeto del mismo por no existir puesto de trabajo vacante para él o ella en el organismo o empresa en que preste servicios; 3) Personas con discapacidad física; 4) Personal laboral con hijos y/o hijas con discapacidades y otro tipo de parientes en la misma situación con quienes conviva el trabajador o la trabajadora, así como quienes tengan personas mayores a cargo; 5) Titulares de familia numerosa; 6) Personal con hijos y/o hijas en edad escolar; 7) Personal con mayor antigüedad en la Administración Pública; 8) Personal cursando estudios oficiales en la localidad donde residan”. El CCOL – Toledo – Comercio (BO. Toledo 4 de mayo 2005, LEG 3459): “El traslado cuando proceda legalmente se efectuará entre aquellos trabajadores que voluntariamente lo acepten. De no existir voluntarios se establecerá prioridad de permanencia, por este orden, a los Delegados de Personal, mayor antigüedad y mayores cargas familiares”. El CCOL – Toledo – Limpieza (BO. Toledo 22 de diciembre 2005, LEG 7715: “a los

Es bastante habitual que en los convenios que regulan los traslados, se establezca una descripción detallada de las compensaciones económicas a las que tiene derecho el trabajador por los gastos que el mismo pueda acarrear<sup>708</sup>. Y, en algunos supuestos, se establece el abono de una indemnización a tanto alzado por los perjuicios que el propio traslado comporta (o como incentivo para su aceptación)<sup>709</sup>. No es habitual, en cambio, que el convenio colectivo preste atención a los traslados del centro de trabajo<sup>710</sup>. Finalmente, en algún supuesto, aunque

---

delegados de personal, mayor antigüedad y mayores cargas familiares. Y el CCOL – Estatal – Flores y Plantas (BOE 5 de octubre 2005, RCL 2109) reconoce la prioridad a los “trabajadores con cargas familiares”.

*Vid. también CCOL – Estatal – Entregas Domiciliarias (BOE 12 de marzo 2004, RCL 663); CCOL – Castellón – Industrias Azulejos, Pavimentos, Baldosas Cerámicas (BO. Castellón 8 de julio 2004, LEG 5364); CCOL – Toledo – Hostelería (BO. 24 de mayo 2004, LEG 2501); CCOL Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales (BO. Andalucía 20 de febrero 2003, LAN 105); y CCOL – Toledo – Sector del Campo (BO. Toledo 29 de abril 2004, LEG 5388); CCOL Empresa Generali (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005).*

<sup>707</sup> El CCOL Empresa Enagas (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) establece que los “trasladados por necesidades del servicio tendrán un período de 3 meses durante el cual el trabajador, alegando causas justificadas y que sean aceptadas por la Empresa, podrán volver a su anterior destino, considerándose este nuevo traslado como solicitud del interesado y, por tanto, sin que dé derecho a indemnización alguna por los gastos que origine (...). El trabajador trasladado por necesidades del servicio tendrá prioridad para cubrir una vacante de su nivel en el Centro de trabajo de origen. Este traslado se considerará a solicitud del interesado”.

<sup>708</sup> Resulta paradigmático el CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809) que dispone las siguientes compensaciones en los supuestos de traslado: “a) Al pago de los gastos de desplazamiento del trabajador y personas a su cargo, en los medios de transporte que se autoricen; b) Al de los gastos de transporte de mobiliario, ropa y enseres domésticos y prima del seguro de transporte, previa autorización del correspondiente presupuesto, hasta un máximo de 2.596,37 euros o 4.543,65 euros cuando el traslado sea entre la Península y las Islas o Melilla y Ceuta y entre las Islas Canarias y las Baleares; c) A las cantidades siguientes, según la composición de la unidad familiar: Trabajador afectado: 3.245,46 euros; Cónyuge o pareja de convivencia: 1.298,18 euros; Por cada uno del resto de los miembros de la unidad familiar a su cargo: 649,09 euros. A estos efectos, se considerarán personas a cargo del trabajador las incluidas como beneficiarias en el Régimen General de la Seguridad Social; d) A una compensación mensual por vivienda, por un período de veinticuatro meses, de 324,55 euros o a una indemnización a tanto alzado de 3.894,56 euros”. El CCOL – Baleares – Personal Laboral al Servicio CA (BO. Illes Balears 18 de octubre 2005, LIB 296), además de establecer determinadas compensaciones económicas, garantiza la obtención de plazas escolares en centros oficiales para los hijos de los trabajadores trasladados; o, en su defecto, abono de los gastos de escolarización. En términos similares, CCOL Empresa Mincon Nixdorf, S. L. (BOE 17 de abril 2002, RCL 1448).

Un supuesto peculiar lo ofrece el CCOL – Com. Valenciana – Residencias Tercera Edad (DOGV 31 de enero 2006, LCV 62), pues la transacción sobre la compensación económica por el cambio de residencia sólo está previsto cuando el nuevo centro de trabajo esté a más de 50 kilómetros de distancia.

<sup>709</sup> CCOL – Tarragona – Construcción y Obras Públicas (DOGC 31 de octubre 2005, LCAT 663): “Si el desplazamiento es de duración superior a un año, e implica cambio de residencia, se devengará una indemnización compensatoria en la cuantía y condiciones establecidas en el apartado siguiente. También, se devengarán los gastos de viaje del trabajador y su familia, los gastos de traslado de muebles y enseres y cinco días de dieta por cada persona que viaje de las que compongan la familia y convivan con el desplazado. 3. La indemnización compensatoria establecida en el apartado anterior por el supuesto de desplazamiento superior a un año que implique cambio de residencia, se aplicará conforme a las siguientes reglas: a) Será equivalente al 35% de las percepciones anuales brutas del trabajador en jornada ordinaria y de carácter salarial en el momento de realizarse el cambio de centro; el 20% de las mismas al iniciar el segundo año; el 10% al iniciarse el tercer año y el 10% al comenzar el cuarto año, siempre sobre la base inicial”. El CCOL – La Rioja – Alfarería (BO. La Rioja 23 de junio 2005, LLR 151) establece una indemnización de 5 mensualidades.  *Vid. también, CCOL – Estatal – Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados (BOE 24 de noviembre 2003, RCL 2732). El CCOL Empresa Guadalundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436) establece una compensación de 4 mensualidades. El CCOL Empresa Pública Radio Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales (BO. Andalucía 20 de febrero 2003, LAN 105) establece una indemnización de 3 mensualidades. Vid. también, CCOL – Castilla y León – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. Castilla y León 27 de enero 2003, LCyL 53). El CCOL Empresa Enagas (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) establece una compensación de dos meses y medio. Y el CCOL – Estatal – Prensa Diaria (BOE 25 de diciembre 2002, RCL 3026) establece una indemnización de 2 meses.*

<sup>710</sup> El CCOL – Estatal – Prensa Diaria (BOE 25 de diciembre 2002, RCL 3026) dispone que no se considerará traslado de todo el centro de trabajo si el nuevo centro está ubicado a menos de 30 kilómetros de distancia del antiguo.  *Vid. también, CCOL Empresa Enagas (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005).*

no es frecuente, se incide en el importe de la indemnización a la que tiene derecho el trabajador en el supuesto de que optara por la resolución<sup>711</sup>.

En cuanto a los desplazamientos también se hace mención a ciertos aspectos, aunque la mayor atención se presta en la delimitación de las compensaciones económicas a la que tiene derecho el trabajador<sup>712</sup>, así como al plazo de preaviso con el que el empresario tiene que notificar su decisión al trabajador<sup>713</sup>. Y, excepcionalmente, se regula el plazo máximo por el que el trabajador podrá ser desplazado<sup>714</sup>; o, se condiciona el desplazamiento a la existencia de un pacto novatorio<sup>715</sup>. Y, en ocasiones, al margen de la compensación de los gastos que el desplazamiento pueda acarrear, se establece la obligación de la empresa de abonar una indemnización a tanto alzado<sup>716</sup>. En alguna ocasión también se establecen reglas de prioridad de permanencia<sup>717</sup>.

---

Y CCOL – Bizcaia – Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón (BO. Bizcaia 15 de marzo 2005, LEG 2487), establece diversas compensaciones económicas en función de la distancia a la que se traslada el centro de trabajo, comprometiéndose a abonar los gastos de locomoción que el nuevo emplazamiento pueda acarrear a los trabajadores.

<sup>711</sup> 30 días por año trabajado - sin sujeción a límite alguno (CCOL – Castilla y León - Medianas Superficies de Distribución de Alimentación - BO. Castilla y León 10 de junio 2004, LCyL 231). O, la indemnización por despido improcedente (CCOL Empresa Generali - BOE nº 280, 23 de noviembre 2005)

<sup>712</sup> CCOL – Álava – Hostelería (BO. Álava 24 de agosto 2005, LEG 6765).

<sup>713</sup> Por ejemplo, el CCOL – Tarragona – Madera (DOGC 11 de octubre 2005, LCAT 627): “Las empresas que deseen realizar desplazamientos que obliguen al trabajador a pernoctar fuera de su domicilio, deberán preavisar, por escrito, a los afectados con los siguientes plazos: 1. De tres a quince días: Dos días laborables; 2. De dieciséis a treinta días: Tres días laborables; 3. De treinta y uno a noventa días: Cinco días laborables; 4. Más de noventa días: siete días laborables”. En términos idénticos, CCOL – Madrid – Madera y Corcho (BOCM 4 de julio 2005, LCM 308); CCOL – Huelva – Madera (BO. Huelva 6 de julio 2004, LEG 5377). O bien, 4 días de antelación si el desplazamiento es superior a 15 días (CCOL – Valencia - Sector de Industria del Metal, BO. Valencia 23 de agosto 2003, LEG 7888; y CCOL – Alicante - Industria Siderometalúrgica, BO. Alicante 22 de julio 2003, LEG 5048). Y el CCOL – Castilla y León – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. Castilla y León 27 de enero 2003, LCyL 53) establece que “el trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a 15 días naturales en el caso de desplazamiento de duración superior a 3 meses y de 5 días naturales cuando exceda de 15 días”.

<sup>714</sup> El CCOL Empresa Guadalundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436), establece que la duración de los desplazamientos no puede ser superior a tres meses. Y el CCOL – Estatal - Servicios Externos, Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios (BOE 17 de junio 2005, RCL 1244), “Los trabajadores pertenecientes a las provincias de Madrid, Barcelona y Valencia, podrán ser trasladados temporalmente por el período máximo de un mes, sin generación de dietas, en un radio no superior a 20 kilómetros contados desde el lugar de prestación de servicio. Los trabajadores pertenecientes al resto de las provincias, podrán ser trasladados temporalmente por el período máximo de un mes sin generación de dietas, en un radio no superior a 8 kilómetros contados desde el lugar de prestación de servicio”.

<sup>715</sup> CCOL Empresa Guadalundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436). El CCOL Empresa Amper (BOE nº 299, 15 de diciembre 2005) condiciona los desplazamientos al extranjero a la existencia de un acuerdo previo con el trabajador; y, en el “caso de que por la vía de la voluntariedad no se consigan los trabajadores necesarios para atender las actividades productivas del extranjero, debe constituirse una comisión mixta para analizar la situación y tratar de buscar, conjuntamente, las posibles vías de solución.

<sup>716</sup> CCOL – Castilla y León – Personal Laboral al Servicio de la Administración (BO. Castilla y León 27 de enero 2003, LCyL 53): “El trabajador desplazado tendrá derecho a que se le abonen, además de los salarios, los gastos de viaje correspondientes al inicio y fin del desplazamiento y a una indemnización por importe de 54 euros (9.000 pesetas) por cada día que dure el desplazamiento”.

<sup>717</sup> El CCOL Empresa Guadalundo (BOE 8 de febrero 2002, RCL 436): en los supuestos de desplazamientos temporales establece que se procurará “escoger para el mismo al personal que resulte menos perjudicado, prefiriéndose en primer lugar a los que hayan solicitado la realización del destacamento, si reuniera la capacidad suficiente para desempeñar las tareas del mismo, después, si no hay voluntarios, se escogerán a los trabajadores de menor antigüedad en la categoría a cubrir; en caso de empate, a los de menor antigüedad en la empresa, y si persiste el empate, se escogerá a los de menor edad”

Finalmente, en lo relativo a las denominadas “cláusulas de reserva de modificación” cabe traer a colación lo apuntado con ocasión del análisis del art. 41 TRET<sup>718</sup>.

#### ***1.1.3.1.4.- El control judicial de la decisión empresarial.***

Al igual que en el régimen previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la decisión empresarial puede ser objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales.

Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión empresarial de traslado, incluso si existiera acuerdo con los representantes de los trabajadores, puede impugnarla<sup>719</sup>, pero en tal caso debe seguir prestando sus servicios en el nuevo destino y el empresario abonar el salario<sup>720</sup>. En el supuesto de traslado colectivo, puede plantearse un conflicto colectivo, paralizándose las acciones individuales que estuvieran en curso, hasta su resolución (art. 40.2.7º TRET). Si posteriormente el traslado es declarado injustificado, el trabajador tiene derecho a

---

<sup>718</sup> En este sentido, la doctrina judicial ha estimado que “cualquier cláusula contractual que reservara a la empresa la posibilidad de cambiar el destino de un trabajador a otro de sus centros de trabajo continuaría siendo nula, igual que antes de la nueva Ley (STCT 26 enero 1987, RTCT 2036), porque también supondría una inválida disposición sobre una norma de derecho necesario (art. 3.5 ET) como es la inamovilidad sin causa que consagra el primer párrafo del art. 40.1 Estatuto de los Trabajadores”. STSJ Andalucía (Málaga) 2 de junio 1998 (AS 3542). Y la SJS Pamplona (nº 3) 30 de julio 1998 (AS 3103) recuerda que “no [puede] aceptarse indiscutidamente que, del mero hecho de ser contemplada la posibilidad de adopción de traslados en el Convenio (que, como destaca la empresa, ha sido suscrito, entre otros, por el demandante), pueda deducirse una facultad puramente discrecional ‘forzosa’ y ajena a control, siendo por el contrario necesario llevar, en cada caso - y de ser impugnado -, una ponderación de las circunstancias en que el traslado se ha producido”.

Por su parte, en la doctrina se entiende que la concurrencia de un desequilibrio contractual es un requisito de derecho necesario, por lo que deben calificarse como nulas y sin efecto las cláusulas contractuales en las que el trabajador se comprometa a prestar sus servicios en distintos centros de trabajo, pese a implicar cambios de residencia, sin que se exija la concurrencia de causa. **FUSTÉ MIQUELA**. *Notas sobre la reforma de la legislación laboral en materia de traslados: ‘ius variandi’, participación y dimensión de la empresa*. En “La dimensión de la Empresa y la reforma de la legislación laboral” (Coord. García Blasco). V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 1996, p. 371 y 372. En términos similares, **ORTIZ LALLANA**. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 55

<sup>719</sup> El plazo para la impugnación es de 20 días hábiles (art. 138.1 TRLPL); a no ser que la decisión empresarial no pueda calificarse como un supuesto de movilidad geográfica por incumplimiento de los requisitos legal o convencionalmente exigidos, en cuyo caso, será de un año (art. 59.1 TRET) y la modalidad procesal a seguir no es la prevista en el art. 138 TRLPL, sino el proceso laboral ordinario. SSTS 10 de abril y 18 de septiembre 2000 (RJ 3523 y 8333); 15 de enero 2001 (RJ 770); y 25 de junio 2003 (RJ 4853). En contra, abogando por la utilización de la modalidad prevista en el art. 138 TRLPL, **DE SOTO RIOJA**. *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento*, op. cit. (versión digital). No obstante, cabe la compatibilidad de la impugnación del traslado y, en el caso de que se desestime, proceder a la extinción indemnizada del contrato ex art. 40.1.4º TRET, sin que se admita su planteamiento simultáneo. STS 21 de diciembre 1999 (RJ 2000\1426); y SSTSJ Extremadura 3 de febrero 2004 (AS 425); Cataluña 13 de septiembre 2002 (JUR 254984). En contra, **DE SOTO RIOJA**, op. cit. (versión digital). E, incluso, con la resolución por incumplimiento del empresario ex art. 50.1 a) TRET. STSJ Extremadura 18 de julio 2001 (AS 3432).

<sup>720</sup> SSTSJ Cataluña 21 de julio 2004 (AS 2633); y 8 de octubre 2002 (JUR 283630). En tanto que la decisión empresarial es ejecutiva, la negativa del trabajador al cumplimiento de la orden puede calificarse como una causa de despido, dado que el ha incurrido en un incumplimiento grave y culpable. STSJ Andalucía (Málaga) 19 de diciembre 2002 (AS 2003\1102); y 7 de noviembre 2003 (AS 4188).

reincorporarse al centro de trabajo de origen<sup>721</sup>. Pero además, los Tribunales han admitido el derecho del trabajador a reclamar no sólo los gastos efectuados por él y su familia, sino también una indemnización de daños y perjuicios *ex art.* 1101 CC (en cuyo caso, debe probarse la existencia de un daño y un nexo causal entre éste y el incumplimiento)<sup>722</sup>. Si el traslado es declarado nulo<sup>723</sup> la ejecución de la sentencia debe declararse en sus propios términos, salvo que el trabajador inste la resolución del contrato con derecho al percibo de una indemnización de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades (art. 138, apartados 6 y 7 TRLPL).

En los supuestos de desplazamiento, el trabajador debe acatar la decisión empresarial y sólo tiene reconocida la facultad de impugnarla, sin que se le reconozca el derecho a resolver el contrato indemnizadamente<sup>724</sup>. Si se estima que la decisión es injustificada, el trabajador debe ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo<sup>725</sup>. Si en tal caso, el empresario incumpliera, debe entenderse que el trabajador tiene derecho a la resolución por incumplimiento imputable al tratarse de un incumplimiento definitivo (art. 40.4.3º TRET y 138.6 TRLPL).

---

<sup>721</sup> Si el empresario incumpliera el reintegro o lo hiciera de un modo irregular (pese a la confusa redacción del art. 138.6 TRLPL) el trabajador tiene derecho a exigir su cumplimiento y si el empresario persiste en su negativa al cumplimiento de la sentencia, puede pedir la extinción del contrato conforme a lo previsto en el art. 50.1.c) TRET. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 431 y 432.

<sup>722</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana 26 de octubre 2002 (AS 2996); y Andalucía (Sevilla) 18 de marzo 1997 (AS 2763). En la doctrina admitiendo, la idoneidad de este planteamiento jurisprudencial, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40)*, *op. cit.*, p. 860 y 861.

<sup>723</sup> La declaración de nulidad opera si la decisión empresarial se ha adoptado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para las de carácter colectivo en el último párrafo del apartado 1 del artículo 40 del TRET (art. 138.5.3º TRLPL). En este sentido, la doctrina entiende que la declaración de nulidad es extensible a los supuestos en los que se incumplan los trámites legales o convencionales esenciales del procedimiento previsto para los traslados colectivos. **SANTIAGO REDONDO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 354; y **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 431. En términos similares, aunque manifestado ciertas dudas respecto al incumplimiento del plazo de preaviso, **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 287. Para CAMPS RUIZ, el incumplimiento de la notificación de la decisión empresarial no puede conllevar la declaración de nulidad. **CAMPS RUIZ**. *Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales*, *op. cit.*, p. 205. Si se incumple el período de consultas, la doctrina judicial es unánime en declara la nulidad de los traslados, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 27 de mayo 1997 (AS 1462); y Madrid 22 y 28 de mayo 1998 (AS 1728 y 1730), *cit.* **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 104. Asimismo, si no se notifica el motivo del traslado, STSJ Madrid 22 de noviembre 2005 (AS 2006\133).

<sup>724</sup> No obstante, en algunas circunstancias, se ha reconocido el derecho al *ius resistendae* del trabajador, *vid.* al respecto, **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>725</sup> En cuanto al incumplimiento del plazo de preaviso la doctrina estima que “el efecto se limitará a la demora de la eficacia de la decisión de la empresa”. **MARÍN CORREA**. *La nueva movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 421.

### 1.1.3.1.5.- La facultad administrativa de suspender la decisión empresarial de traslado.

Un aspecto importante del procedimiento previsto para los traslados colectivos<sup>726</sup>, a diferencia de lo previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo *ex art. 41 TRET*, reside en el reconocimiento a la Autoridad Laboral de la capacidad para intervenir, si el período de consultas finaliza sin acuerdo<sup>727</sup>, “a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas y sociales de la medida así lo justifiquen”<sup>728</sup>. En tal caso, “podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación y la consiguiente efectividad del traslado por un período de tiempo que en ningún caso podrá ser superior a seis meses”<sup>729</sup>. Es importante tener en cuenta que la autoridad laboral sólo está facultada para ampliar el plazo en el que la incorporación debe ser efectiva (plazo máximo de 6 meses), por tanto, la decisión empresarial ya ha sido adoptada<sup>730</sup>, sin capacidad alguna para evaluar el riesgo alegado ni la idoneidad de la decisión empresarial adoptada<sup>731</sup>.

---

<sup>726</sup> Por consiguiente, no aplicable en los supuestos de traslado individual o plural ni tampoco en los desplazamientos. *Vid.* al respecto, **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 222; y *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. En “La dimensión de la Empresa y la reforma de la legislación laboral” (Coord. García Blasco). V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 1996, p. 88.

<sup>727</sup> No obstante, pese a la literalidad de la norma, como recoge ELORZA GUERRERO, un sector de la doctrina entiende que la intervención de la Administración también es posible en los supuestos en los que el período de consultas finalice con acuerdo. **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>728</sup> Circunstancias que un sector de la doctrina identifica con “razones de orden público”. **SALA FRANCO**. *Movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 285. **DEL REY GUANTER** entiende que se trata de causas ciertamente genéricas, que dotan a la Administración de una acentuada discrecionalidad. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>729</sup> Procedimiento regulado en los arts. 22 a 26 RPRE’96. El procedimiento debe iniciarse a solicitud de la parte interesada, en el plazo de tres días a la notificación de la decisión empresarial de traslado, tras la finalización del período de consultas sin acuerdo (art. 24.1 RPRE’96). Solicitud que además de expresar los motivos en que se fundamenta la petición, debe contener específicamente, la exposición de los efectos económicos o sociales negativos que se derivarían de la ejecución de la decisión de traslado en el plazo establecido (art. 24.2 RPRE’96). Recibida la solicitud la Autoridad Laboral, debe requerir a las partes en un plazo de tres días, para que en el término de 5 días aporten las alegaciones que estimen oportunas (art. 25.1 RPRE’96). Simultáneamente, la Autoridad Laboral debe requerir un informe preceptivo a la Inspección de Trabajo (25.2 RPRE’96). Finalizado este trámite, la Autoridad Laboral deberá dictar una resolución en un plazo de 5 días (art. 26.1 RPRE’96), sin que esté facultada para evaluar la concurrencia o no del desequilibrio contractual alegado por el empresario, ni tampoco sobre la decisión empresarial (art. 26.4 RPRE’96). Una exposición detallada al respecto en, **BARBANCHO TOVILLAS**. *Traslado de empresa*. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). *Ibidem*. Madrid, 1997, p. 124 a 131.

<sup>730</sup> “La prórroga administrativa de la incorporación se produce una vez la decisión del empresario ha sido adoptada: lo que hace efectivamente es ‘ampliar el plazo de incorporación’. Durante esta ampliación *no se prevé una nueva consulta* – ya que ha terminado – ni, sobre todo, se prorroga la obligación de negociar de buena fe. Sólo ‘se paraliza la efectividad del traslado’”. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 222.

<sup>731</sup> Un sector de la doctrina entiende que probablemente la finalidad perseguida con esta intervención administrativa es la imposición de una especie de ‘sanción’ al empresario por no haber alcanzado un acuerdo durante el período de consultas, persuadiéndole para que reconsidere su decisión. En tal caso, no obstante, se afirma que hubiera sido más correcto que la intervención administrativa se hubiera previsto con anterioridad a la adopción de la decisión por el empresario. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 222 y 223; y *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*, *op. cit.*, p. 89.



Lo que, en definitiva, difiere de las facultades de intervención que tiene atribuidas en los supuestos de modificación *ex art. 203 TRLGSS*, suspensión y resolución por “causas de empresa”.

#### ***1.1.3.1.6.- Facultad resolutoria del trabajador ante la decisión empresarial de traslado (remisión).***

Si el trabajador no está de acuerdo con la decisión empresarial de traslado, incluso si existiera acuerdo con los representantes de los trabajadores, puede resolver el contrato, con derecho siempre a una indemnización, sin necesidad de acatar la orden del empresario<sup>732</sup>. Sin perjuicio de la posibilidad de acudir al art. 50 TRET. Aspecto que, al igual que lo apuntado con ocasión del estudio del art. 41 TRET, serán analizados con posterioridad.

#### ***1.1.3.1.7.- Traslado que afecte a la ‘totalidad del centro de trabajo’.***

El régimen jurídico del traslado que afecte a la totalidad del centro de trabajo plantea ciertos problemas interpretativos de cara al estatuto protector del trabajador<sup>733</sup>. En concreto, la expresión legal “a la totalidad del centro de trabajo”, permite interpretar que se refiere, o bien, al traslado del centro de trabajo; o bien, con mejor doctrina, entender que se refiere al traslado de los trabajadores, sin que necesariamente suponga un cambio de localización de las instalaciones empresariales, pudiéndose adscribir a los trabajadores a otros centros distintos<sup>734</sup>.

En cualquier caso, aunque la decisión corresponde únicamente al empresario<sup>735</sup>, el traslado debe estar fundado en la existencia de un riesgo que exceda del *alea* normal<sup>736</sup>. En cuanto al régimen aplicable, deberá estarse a la repercusión de la decisión en los trabajadores y la duración del mismo. Si el cambio no comporta un cambio de residencia el empresario puede ordenarlo en el ejercicio regular de sus facultades directivas. Y, si el traslado comporta un

---

Resaltando la naturaleza coactiva de dicha intervención, **ORTIZ LALLANA**. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>732</sup> STSJ Cataluña 11 de abril 2005 (AS 972).

<sup>733</sup> Repárese que, a diferencia del art. 51.1.3 TRET, el art. 40.2 TRET se refiere al “centro de trabajo” y no a la “empresa”.

<sup>734</sup> **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 111 y 112. En contra de esta postura, **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 92 y 93.

<sup>735</sup> **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>736</sup> **BARBANCHO TOVILLAS**. *Traslado de empresa*, *op. cit.*, p. 117 y 118.

cambio de residencia, pero es temporal, deberá acudir al régimen jurídico del desplazamiento<sup>737</sup>.

Finalmente, si el cambio comporta un cambio de residencia indefinida deben aplicarse las reglas del traslado<sup>738</sup>. En tal caso, si el traslado de empresa es total (afecta a todo el centro de trabajo), siempre que se ocupe a más de cinco trabajadores, debe aplicarse el régimen del traslado colectivo. Del mismo modo, si el traslado de empresa es parcial (no afecta a todo el centro de trabajo), se aplicará el régimen del traslado colectivo, si el número de trabajadores afectados está por encima de los umbrales del art. 41.2 TRET<sup>739</sup>. Por consiguiente, se aplicarán las reglas del traslado individual, si el traslado de empresa es total y la empresa ocupa hasta cinco trabajadores, o bien, si el traslado de empresa es parcial y afecta a un número de trabajadores por debajo de los umbrales del art. 41.2 TRET<sup>740</sup>.

---

<sup>737</sup> *Vid.* al respecto extensamente, aunque centrado en el ET'80, **SOUTO PRIETO**. *Traslado del centro de trabajo*, *op. cit.*, p. 58 y ss.

<sup>738</sup> Sin embargo, el problema está en que la decisión empresarial puede comportar el cambio de residencia de unos trabajadores y no de otros. A la hora de valorar si se está en presencia de un traslado de empresa o bien de cambio de ubicación del centro de trabajo, la doctrina judicial entiende que “lo que debe presidir como criterio de aplicación es la suma de factores que intervienen en el caso concreto que se analiza de forma que si el desplazamiento es altamente gravoso se estará en presencia de un traslado que justificaría altamente el cambio de residencia. Si es de acceso fácil el destino del centro de trabajo y dificultosa la posibilidad de consecuencia de vivienda idónea próxima al centro de trabajo habrá que concluir que la medida adecuada no es pronunciarse en favor del cambio de residencia. Una u otra decisión provocarán, a su vez, las consecuencias legales de la misma en aplicación del artículo 40 y 41-5º ET. En suma son los principios de racionalidad, proporcionalidad, justificación y permanencia o reversibilidad del cambio de ubicación del centro de trabajo los que en cada caso han dado lugar a precedentes judiciales resueltos por los Tribunales Superiores de Justicia”. STSJ Madrid 13 de julio 2000 (JUR 286928).

<sup>739</sup> GARCÍA MURCIA, en cambio, entiende que en tales casos, el traslado será individual si el número de trabajadores afectados no alcanza los umbrales del art. 40.2 TRET, o si, alcanzándose en principio tales mínimos, el número de trabajadores obligados a variar su residencia como consecuencia del traslado no llega a superar al umbral de referencia. **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>740</sup> Por otra parte, en los supuestos de traslado total o parcial de las instalaciones, los representantes de los trabajadores están facultados para emitir un informe con carácter previo a la ejecución de la decisión (art. 64.1.4º.b TRET).

#### ***1.1.4.- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través de un expediente de regulación de empleo.***

En virtud del art. 203.3 TRLGSS, el reconocimiento de la prestación de desempleo parcial está condicionado a que se produzca una reducción de jornada temporal de al menos un tercio, a través de un procedimiento de regulación de empleo. Normativa que, pese a estar claramente encuadrada en un ámbito de seguridad social, ha derivado en el reconocimiento de un mecanismo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo diferenciado del previsto en los arts. 40 y 41 TRET<sup>741</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional, resolviendo la constitucionalidad del art. 203.3 TRLGSS<sup>742</sup>, en la STC nº 213, 21 de julio 2005<sup>743</sup> mantiene que la posibilidad de realizar una modificación sustancial de las condiciones del contrato que afecte a la jornada en situaciones de riesgo acusado, sólo puede realizarse a través de la negociación de un expediente de regulación de empleo, conforme al procedimiento establecido al efecto en el art. 47 TRET<sup>744</sup>. Es decir, en las situaciones de riesgo descritas en los arts. 47 o 51 TRET no puede modificarse el contrato por medio del cauce legal establecido en el art. 41 TRET, sino que debe acudirse a un ERE (con independencia - debe extraerse de la sentencia citada - del número de trabajadores afectados y de la duración temporal o permanente de la modificación).

Pero no sólo eso, dado que del pronunciamiento del TC se desprende que la modificación operada en el seno de un ERE y la realizada a través del art. 41 TRET responden a causas diferenciadas y, por ende, se regulan por regímenes jurídicos diversos<sup>745</sup>.

---

<sup>741</sup> *Vid.* al respecto, **SOLÀ MONELLS**. *La situación legal de desempleo por reducción de jornada*. En “Desempleo”. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003. Ministerio de Trabajo. Madrid 2004, p. 1419 y ss; **CABEZA PEREIRO**. *Reducción de jornada y situación legal de desempleo*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\31); y **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *Reducción de jornada y situación legal de desempleo*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1427).

<sup>742</sup> Precepto que debe completarse con lo previsto en el art. 208.1.3 TRLGSS y el Decreto 625/1985, 2 de abril, regulador de la protección por desempleo (BOE 5 de junio).

<sup>743</sup> Un comentario a dicho pronunciamiento en **CABEZA PEREIRO**. *Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, 21 de julio*. AL nº 20, 2005, , versión digital (La Ley 5013/2005); y **GARCÍA PAREDES**. *Desempleo. Reducción definitiva de jornada y principio de igualdad*. AL nº 20, 2005.

<sup>744</sup> FJº 6.a): “Las reducciones de jornada temporales a las que se refiere el art. 203.3 LGSS forman parte del conjunto de medidas de regulación de empleo que pueden adoptar las empresas, previa autorización administrativa, para la superación de situaciones económicas negativas o de riesgo para la viabilidad de la empresa”

<sup>745</sup> FJº 6.b): “De acuerdo con su configuración legal, es también diferente el tipo de causas que justifican una y otra medida. Aun cuando en ambos casos se trate de causas de naturaleza objetiva identificadas por referencia a unas denominaciones comunes - causas económicas, técnicas, organizativas o de producción - es lo cierto que la Ley introduce diferencias significativas a la hora de valorar la concurrencia de unas y otras según su aptitud para justificar una medida de regulación de empleo o una de modificación de las condiciones de trabajo. Así, en el caso del art. 41 LET, el legislador establece que se entenderá que concurren las causas a las que se refiere dicho artículo ‘cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda’. Por su parte, el art. 51 LET (al que se remite el art. 47 LET) considera que concurren las causas justificativas de una medida de regulación de empleo ‘cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o,

Planteamiento extraordinariamente relevante dado que, en definitiva, significaría que el ámbito de actuación del art. 41 TRET quedaría estrictamente circunscrito a la “gestión ordinaria de los recursos humanos en la empresa”, impidiéndose su operatividad ante contingencias más severas. O, de otro modo, la modificación sustancial de *cualquier* condición contractual en las situaciones de riesgo previstas para los arts. 47, 51 y 52.c) TRET, no puede realizarse conforme a lo previsto en el art. 41 TRET<sup>746</sup>.

Interpretación que no puede compartirse. Como premisa de partida, conviene reiterar que a nuestro modo de ver, opera el principio de que “quien puede lo más, puede lo menos”. Esto es, no existe una definición estanca de los espacios de operatividad de las medidas modificativas descritas en los arts. 40 y 41 TRET, sino que pueden operar en situaciones de riesgo más intenso<sup>747</sup>. Sin embargo, la doctrina está dividida respecto a la posibilidad de alterar el contrato si concurre el riesgo previsto en los arts. 47, 51 o 52.c) TRET. CRUZ VILLALÓN sostiene que dada la naturaleza *cotidiana* de las modificaciones, *ex* art. 41 TRET, existen diferencias sustanciales con respecto a los supuestos de resolución que impiden que se entiendan como *vasos comunicantes*, en el sentido de posibilitar la modificación como una “medida de reestructuración más *light* para eludir una reducción de empleo”<sup>748</sup>.

En cambio, algunos autores admiten la posibilidad de alterar el contenido del contrato en situaciones de crisis económica, aunque reconduciéndolo al procedimiento establecido en el art. 41 TRET<sup>749</sup>. Según este sector, con mejor criterio a nuestro juicio, la utilización del término

---

si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. Sin necesidad de detenernos en un análisis detallado de las diferencias existentes entre dichas definiciones, bastará a los efectos que aquí interesan con retener que las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se inscriben en el marco de una actuación ordinaria de gestión de los recursos humanos en la empresa, mientras que las reducciones de jornada por razones de regulación de empleo, al igual que las suspensiones de contratos por idéntico motivo, persiguen la superación de una situación coyuntural negativa o de riesgo para la viabilidad de la empresa. Como señala el art. 47.1 LET, la autorización de una de estas medidas procederá cuando se constate que la «medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa». En esta línea, un sector de la doctrina científica ha afirmado que, mientras que en el ejercicio del art. 41 TRET lo que está en juego es el principio de inamovilidad de las condiciones de trabajo, en el supuesto de la modificación a través del expediente de regulación de empleo es el principio de estabilidad en el empleo. **SERRANO GARCÍA**. *El plan social en los Despidos Colectivos*, *op. cit.*, p. 235. Afirmación que no puede aceptarse en modo alguno.

<sup>746</sup> Repárese que en el FJº 6.b transcrito de la STC nº 213, 21 de julio 2005 (RTC 213) no se refiere únicamente a la reducción de la jornada, sino que habla *genéricamente* de las *causas* que posibilitan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en los supuestos en los que concurra el desequilibrio previsto en los arts. 47, 51 o 52.c) TRET.

<sup>747</sup> STSJ Cataluña 18 de diciembre 2001 (AS 2002\1267): “Puede sin duda afirmarse que este tipo de decisiones estarían plenamente justificadas en aquellas empresas que atraviesan problemas de implantación en el mercado y se encuentran por ello en situaciones críticas o difíciles que incluso pueden hacer peligrar su futuro a medio o largo plazo, pero deben igualmente admitirse en empresas que se encuentran bien posicionadas, pues no se olvide que lo exigido por el art. 41 es que la medida ‘contribuya a mejorar la situación de la empresa’, lo que es tanto como admitir que puede también adoptarse por empresas cuya situación de partida es ya de por sí buena, sin que en su horizonte se vislumbren problemas de entidad que puedan comprometer estas favorables expectativas de futuro”. *Vid.* también STSJ Madrid 26 de julio 2004 (AS 2935).

<sup>748</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>749</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 203 y ss.; **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 109 y 110; y **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su*

“mejorar” en el art. 41 TRET, puede utilizarse indistintamente para colocar a la empresa en una situación mejor, o bien para superar una situación de desajuste que afecta o afectará a su viabilidad<sup>750</sup>. Criterio confirmado por la STS [C-A] 21 de abril 2005<sup>751</sup>.

Lo cierto es que, a diferencia de lo defendido por la STC nº 213, 21 de julio 2005<sup>752</sup>, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico laboral, puede entenderse que el Legislador no ha previsto un único régimen jurídico para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en las situaciones de riesgo previstas en los arts. 47, 51 y 52.c) TRET. Pudiéndose afirmar que ante la concurrencia de estos desequilibrios contractuales, operan dos métodos en paralelo. El previsto en el art. 41 TRET y el canalizado a través de un ERE. No obstante, este segundo método plantea, a nuestro entender, muchos conflictos. En primer lugar, la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo a través de un ERE deriva de una regulación jurídica absolutamente anómala, pues, se realiza de forma implícita e indirecta (se presume la intervención administrativa a través de la regulación de los supuestos de reducción de jornada en los que se tiene derecho a la prestación por desempleo)<sup>753</sup>. En segundo lugar, sólo se refiere a la jornada y no al resto de condiciones susceptibles de modificación (por lo que, por lo menos, para el resto debería permitirse el juego del art. 41 TRET). En tercer lugar, la posibilidad de alterar la jornada a través de la intervención administrativa, como derivación de lo previsto en el art. 203.3 TRLGSS – en los términos que describe la STC nº 213, 21 de

---

*régimen jurídico, op. cit.*, p. 179. SOLÀ MONELLS, entiende que es posible adoptar medidas modificativas en las situaciones de riesgo propias de las medidas suspensivas. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, nota 66, p. 113.

<sup>750</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 111.

<sup>751</sup> RJ 4314. En concreto se afirma que “el estado desequilibrado y crítico de la estructura económica de la empresa recurrente, cuya viabilidad, al momento de deducirse por la misma su solicitud inicial, pasaba por una disminución drástica de sus costes laborales (...), situación aquella que viene a constituir causa legal tanto para la modificación de las condiciones de trabajo, según el artículo 41.1 TRET, como para la extinción de las relaciones laborales por aplicación del artículo 51.2 de esa misma norma, atendiendo para ello al grado mismo de dicho desequilibrio”. Por consiguiente, la reducción temporal de la jornada de trabajo también podría operar conforme a lo previsto en el art. 41 TRET (respetando, claro está, las limitaciones que establece); quedando la autorización administrativa a los meros efectos del reconocimiento de la prestación de desempleo. Así se manifiesta también LÓPEZ PARADA: “las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo dejaron de estar sujetas a autorización administrativa previa a partir Ley 11/1994, pero, después de una evolución normativa tortuosa, se reintrodujo la autorización administrativa de estas reducciones temporales de jornada a efectos de acceso a la situación legal de desempleo, de forma que si, aplicando estrictamente el art. 41 ET, se impone por el empresario la reducción de jornada sin previa autorización administrativa los trabajadores se verán privados de la prestación por desempleo. Sin embargo, no existe norma alguna que condicione la validez de la reducción de jornada, en el aspecto puramente laboral, a la obtención de dicha autorización”. LÓPEZ PARADA. *Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de seguridad social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal*. RDS nº 20, 2002, p. 99.

<sup>752</sup> RTC 213.

<sup>753</sup> SERRANO GARCÍA entiende que existe otra vía de modificación. Concretamente, en el pacto de acompañamiento social (exigido en los ceses colectivos en empresas de más de 50 trabajadores) es posible proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin necesidad de alegar una causa específica ni seguir procedimiento alguno, por cuanto que la decisión empresarial se halla sujeta a la aceptación de los sujetos afectados. SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos, op. cit.*, p. 230 y ss. En contra de esta posibilidad, como se ha observado se han manifestado, específicamente respecto a la movilidad geográfica, las SSTSJ Canarias (Tenerife) 26 de enero 2004 (AS 473); y Baleares 22 de septiembre 2005 (AS 3604). Aunque, no se trata de un criterio unánime como puede observarse en la STSJ Baleares 21 de septiembre 2001 (AS 4483).

julio 2005<sup>754</sup> - plantea algunos problemas y objeciones: primero, porque más allá del mero reconocimiento de la prestación por desempleo, no puede afirmarse, desde un punto de vista sustantivo laboral, que exista una norma que expresamente habilite a la Administración para intervenir en las reducciones inferiores a un tercio de la jornada<sup>755</sup>. Segundo, porque sólo podría afectar a las reducciones superiores a un tercio de la jornada<sup>756</sup>. Tercero, el juego de la intervención administrativa quiere decir que si no existe acuerdo entre las partes, la Autoridad Laboral tiene la última palabra. Pues bien, teniendo en cuenta el juego de las fuentes normativas, las posibilidades de intervención son ciertamente acotadas:

1.- Porque, el art. 41.2 TRET opera como límite al excluir taxativamente que la jornada establecida en un convenio colectivo estatutario, pueda ser modificada por un acuerdo con los representantes de los trabajadores<sup>757</sup>.

2.- Porque no puede aceptarse que la Autoridad Laboral esté facultada para alterar sustancialmente el contenido del contrato en situaciones de riesgo más severas, al margen de lo previsto en el citado art. 41.2 TRET, porque vulneraría la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, reconocidos constitucionalmente<sup>758</sup>.

Y, 3.- Porque, como recoge la propia STC nº 213, 21 de julio 2005<sup>759</sup>, cabría plantearse si, dado el contenido del art. 12.4.e) TRET (en su redacción dada por la Ley 12/2001, 9 de julio, y, por ende, posterior a la reforma del art. 203.3 TRLGSS), podría imponerse mediante un ERE una conversión del contrato de trabajo a tiempo parcial, aunque sea meramente temporal<sup>760</sup>. La STC nº 213, 21 de julio 2005<sup>761</sup>, entiende que “el caso de la reducción

---

<sup>754</sup> RTC 213.

<sup>755</sup> *Vid.* también, **LÓPEZ PARADA**. *Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas concursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de seguridad social en los expedientes de regulación de empresas no concursas en procedimiento concursal*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>756</sup> En efecto, al definir qué se entiende por “reducción temporal de jornada”, el párrafo 2º del citado artículo establece que es aquella que “se autorice por un período de regulación de empleo”. Sólo, por tanto, si la reducción de jornada es superior a un tercio. Sin que, por otra parte, se especifique la intensidad del riesgo exigido para justificar la intervención ni tampoco el número de trabajadores afectados. Por su parte, el art. 208.1.3 TRLGSS nada complementa al respecto; ni tampoco el art. 1.4 Decreto 625/1985.

<sup>757</sup> Como se sabe, la modificación del resto de circunstancias, fijadas en el convenio colectivo estatutario (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento) debe pactarse conforme al procedimiento establecido en el T. III del TRET. Listado que debe operar como *numerus clausus* (*vid.* al respecto *supra*). Aunque, un sector de la doctrina entiende que es posible que el propio convenio colectivo “dispositivice” este extremo, confiriendo al empresario la facultad de alterar más o menos flexiblemente esta cuestión. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 71; **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 101 y ss.; y **MONREAL BRINGSVAERD**. *Negociación colectiva y modificación de jornada u horario previsto en convenio o pacto colectivo. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 5 de junio de 2002. AL nº 23, 2003* (versión digital). Por otra parte, en cuanto a las condiciones pactadas en convenios colectivos extraestatutarios y acuerdos de empresa es preciso el acuerdo con los representantes de los trabajadores (aunque se trata de una cuestión discutida). *Vid.* al respecto también *supra*.

<sup>758</sup> *Vid.* al respecto, STC nº 92, 11 de junio 1992 (RTC 92): “sería contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente”.

<sup>759</sup> RTC 213.

<sup>760</sup> Repárese que, dado el contenido del art. 12.4 e) TRET, el único supuesto en el que legalmente el empresario puede reducir la jornada a través del art. 41 TRET es si afecta a un contrato a tiempo parcial. Siempre, claro está,

establecida como medida coyuntural de regulación de empleo, la decisión debe ser forzosamente aceptada por el mismo [trabajador]” (FJº 6)<sup>762</sup>.

Por todo ello, lejos de reconocerse un espacio de intervención extenso - como parece sostener la STC nº 213, 21 de julio 2005<sup>763</sup>-, según lo previsto en el art. 203.3 TRLGSS, la Administración sólo estaría facultada para operar en situaciones de reducción de jornada, y sólo si la misma fuera superior a un tercio y, además, tuviera su origen en una decisión individual del empresario de efectos colectivos. Fuera de este supuesto específico, obligatoriamente, a diferencia de lo que sostiene el TC, debería acudir al trámite previsto en el art. 41 TRET<sup>764</sup>.

Ante este escenario un sector de la doctrina, ha tratado de superar todos estos obstáculos en base a la equiparación de la *reducción de jornada* con la *suspensión de la relación de trabajo*. Concretamente, este planteamiento pretende fundamentarse, primero, en base a la configuración legal de la jornada *ex art. 34 TRET*; y, segundo, alegando a continuación que la reducción de jornada prevista en el art. 203.3 TRLGSS constituye una variante de la suspensión de la relación de trabajo (“*suspensión discontinua*”). Afirmación que se justifica porque “presentan sus rasgos definitorios, por cuanto suponen la interrupción durante un determinado período de tiempo de una parte de la prestación de trabajo diaria y el salario correspondiente manteniendo la parte restante”<sup>765</sup>.

De todos modos, la equiparación de la reducción de jornada con la suspensión de la relación de trabajo no puede compartirse en modo alguno. Si bien es cierto que, como asevera CRUZ VILLALÓN, con la suspensión se producen *de facto* resultados *asimilados* a los de una

---

que se hubiera perfeccionado estando vigente la Ley 12/2001, dado que según su DT 1ª: “los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta Ley (...) continuarán rigiéndose por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se celebraron”. *Vid.* al respecto, STSJ Aragón 23 de septiembre 2002 (AS 2785). Y, en la doctrina, **CABEZA PEREIRO**. *Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, 21 de julio*. AL nº 20, 2005, versión digital (La Ley 5013/2005); y **CRUZ VILLALÓN**. *Modificación del tiempo de trabajo*. RDS nº 38, 2007, versión digital (TOL 1126971).

<sup>761</sup> RTC 213.

<sup>762</sup> En cambio, la doctrina entiende que en términos generales la prohibición de conversión unilateral de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial abarca tanto a las modificaciones indefinidas como a las temporales. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 80. En contra, **GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ**. *El contrato de trabajo a tiempo parcial*. Aranzadi. Pamplona, 1998, p. 146.

<sup>763</sup> RTC 213.

<sup>764</sup> Lo cual es lógico, pues, si la habilitación legal para dicha modificación mediante la intervención administrativa viene definida por el art. 203.3 TRLGSS, y si la reducción de jornada pretendida por el empresario no supera el tercio exigido, nos encontraríamos ante un vacío legal absoluto, dado que - siguiendo el criterio del TC - no se podría acudir al régimen previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 TRET).

<sup>765</sup> **SOLÀ MONELLS**. *La situación legal de desempleo por reducción de jornada*, *op. cit.*, p. 1421. En términos similares, **GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ**. *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, *op. cit.*, p. 147; **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 197 y 198; y **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 97.

Interpretación que también recoge la STC nº 213, 21 de julio 2005 (RTC 213), FJº 6.a): “en virtud de la vigente regulación legal en materia de ordenación del tiempo de trabajo (arts. 34 y ss. LET) y de las posibilidades de cómputo anual y distribución irregular de la jornada que en dicha regulación legal se establecen, las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal”.

modificación a la baja del tiempo de trabajo<sup>766</sup>, no se desprende la equiparación entre ambas instituciones, ni mucho menos. Acaecida la suspensión no se produce una modificación de las prestaciones del contrato, sino que, superada la situación suspensiva, la prestación se recupera plenamente<sup>767</sup>. Según VIDA SORIA, admitir tal equiparación supondría la sustitución de las obligaciones del contrato originario por otro vertebado entorno al derecho a la readmisión automática. Posibilidad que debe descartarse por tres motivos. Primero, por la artificiosidad de la operación novatoria-suspensiva (en dos fases) y porque supondría aceptar la existencia de un contrato de trabajo sin que concurriera ni prestación de trabajo ni salario (lo cual equivaldría a aceptar la existencia una novación extintiva, circunstancia que es contraria a la propia institución suspensiva)<sup>768</sup>. Segundo, porque es consustancial a la suspensión la reincorporación automática del trabajador, sin necesidad de que concurra una acción en sentido positivo del empresario readmitiendo. En todo caso, lo que opera es una obligación negativa del empresario, esto es, una no obstaculización de la efectiva reincorporación del trabajador<sup>769</sup>. Y tercero, porque desde el punto de vista de los efectos, la suspensión de la relación de trabajo no sólo implica una reserva del puesto de trabajo, sino también conlleva que el tiempo de inactividad computa a efectos de la antigüedad. Extremo que no puede predicarse de las situaciones de reducción de jornada (ni temporal ni definitiva)<sup>770</sup>.

Por otra parte, si, según esta corriente doctrinal, lo que identifica la reducción de jornada y la suspensión son los efectos jurídicos; es precisamente en los efectos donde se aprecia claramente las diferencias entre ambas. La suspensión no afecta a los elementos constitutivos del contrato que no están en suspenso, simplemente se produce una suspensión en la ejecución, permaneciendo la vigencia en el resto de efectos del mismo<sup>771</sup>. Por este motivo, el “resto del contenido del contrato, las posiciones jurídicas de crédito y débito de trabajadores

---

<sup>766</sup> CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 127.

<sup>767</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ. *Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*, op. cit., p. 34.

<sup>768</sup> En cuyo caso, se produciría una conversión del contrato de trabajo en un contrato consistente en el derecho del trabajador a ser readmitido. Contrato que no puede calificarse como de trabajo, porque no concurren ni la causa ni el objeto que lo caracterizan. En tal caso, la novación actúa de un modo extintivo en dos ocasiones, dado que desaparece el contrato original, para ser sustituido por otro consistente en el derecho a la readmisión, y posteriormente a la inversa. Esta sucesión de extinciones es, *per se*, contraria a la esencia de la institución de la suspensión, que precisamente proclama la continuidad del contrato de trabajo. VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 53.

<sup>769</sup> El derecho a la reincorporación es una consecuencia automática que opera *ipso iure* en cualquier contrato suspendido, por lo que no se puede hablar de readmisión, entendida como una acción en sentido positivo del acreedor de trabajo a hacer algo. En esencia “no hay en la suspensión estipulaciones de las partes ni disposiciones normativas a la creación de vínculos distintos de los primitivos; la causa del contrato sigue (...), las condiciones del contrato siguen las mismas, lo cual se evidencia en el momento de resurgir el contrato”. VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 52 a 54.

<sup>770</sup> Descartada la naturaleza novatoria del supuesto suspensivo, podemos afirmar que la posibilidad de establecer turnos o bien reducir los días semanales de labor, en definitiva se trata de una modificación contrato, a petición de la parte perjudicada, “a fin de adaptarlos equitativamente a la nueva situación, de modo que siga produciendo aquél las consecuencias queridas por las partes, aunque los medios sean distintos”. LACRUZ BERDEJO. *Derecho de Obligaciones*, op. cit., 1987, p. 314 y 315.

<sup>771</sup> *Vid.* al respecto, STSJ La Rioja 19 de mayo 1994 (AS 1902).



y empleadores, que acompañan a las obligaciones contractuales centrales, siguen manteniéndose en vigor en tanto sean realizables o compatibles en su actualización fáctica con la situación suspensiva básica<sup>772</sup>. Especialmente, el derecho al reingreso<sup>773</sup> y el cómputo a efectos de antigüedad del período de suspensión<sup>774</sup>. Extremos que, en modo alguno, pueden calificarse de accesorios o instrumentales, o que tengan un carácter constitutivo por imperativo legal; sino que delimitan una institución jurídica claramente diferenciada. Finalmente, el art. 48.4 TRET<sup>775</sup> reconoce la posibilidad de disfrutar la suspensión por maternidad a tiempo parcial. Institución que, a nuestro entender, es definitiva para diferenciar la reducción de jornada de la suspensión de la relación de trabajo<sup>776</sup>.

Por todo ello, puede afirmarse que, en tanto que la reducción temporal de jornada no puede identificarse con la suspensión, el espacio de operatividad de los arts. 203.3 TRLGSS y 1.4 Decreto 625/1985 (en virtud de lo previsto en el art. 12.4.e TRET) estaría circunscrito *única y exclusivamente* a la modificación de la jornada de trabajo prevista en una decisión individual del empresario de efectos colectivos en, al menos, un tercio de los contratos de trabajo a tiempo

---

<sup>772</sup> **VIDA SORIA**. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, p. 30. Criterio acogido plenamente por la jurisprudencia, como muestra la STS 11 de diciembre 1989 (RJ 8950): “solamente algunas obligaciones del contrato de trabajo - aunque sean las más importantes - sufren una interrupción. Expresado en otras palabras, la suspensión afecta a la ejecución del contrato, sin repercusión alguna sobre el vínculo mismo, que permanece, lo que explica que algunos derechos y deberes recíprocos de trabajador y empresario continúan en plena vigencia”. *Vid.* también, STSJ Canarias (Las Palmas) 28 de mayo 2003 (AS 248).

<sup>773</sup> *Vid.* al respecto *supra*; y **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 52 y 53.

<sup>774</sup> Según SOLÀ MONELLS, “por regla general, los períodos de suspensión por causas empresariales serán computables a efectos de fijar la antigüedad del trabajador en la empresa y que, por tanto, pueden determinar el acceso de este sujeto a determinados derechos o la mejora de los que ya disfrutaba”. No obstante, prosigue, esta regla general *puede ser* excepcionada en dos ocasiones: “cuando aquella circunstancia se tome como referencia para el cobro de determinados complementos salariales y para la promoción profesional del trabajador”. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 483 y 484. El motivo por el que la referencia normativa a la “antigüedad” sólo aparezca referida a determinados supuestos de excedencia (concretamente, arts. 46.1 y 46.3 TRET), se debe, precisamente, al hecho de que por definición uno de los efectos de la excedencia es que el período de tiempo durante el cual el contrato permanece interrumpido no computa a efectos de la antigüedad. En cambio, no se especifica en la suspensión porque es un *efecto intrínseco* de la propia institución (a su propia conceptualización) y, por lo tanto, no es preciso reiterarlo (y sí – sólo - en los supuestos en los que, *a priori*, no sería predicable). Por ello, a nuestro entender, no puede afirmarse que, en tanto que no existe una previsión normativa expresa relativa a la antigüedad (como sucede en la excedencia *ex* arts. 46.1 y 46.3 TRET), se desprenda su disponibilidad por la autonomía individual o colectiva. Por ello, en lo relativo a las excepciones apuntadas por SOLÀ MONELLS (esto es, promoción del trabajador y complementos salariales), cabe apuntar alguna objeción. Como punto de partida debe tenerse en cuenta que, pese a la existencia dos formas de entender la antigüedad, en la *suspensión* la antigüedad se refiere única y exclusivamente al período de pertenencia o vinculación a la empresa (y no al tiempo de prestación de servicios). Sentado lo anterior, y siguiendo a VIDA SORIA, la promoción profesional del trabajador puede no tener en cuenta el período de suspensión del contrato a efectos de la antigüedad, sólo en los casos en los que tal promoción se vincule a la *prestación efectiva del servicio* [la mismo podría apuntarse respecto a los complementos salariales]. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 65 y 66. Circunstancias que, en puridad, no definen los efectos de la suspensión, sino que, en tales casos, describen el régimen jurídico de tales instituciones (promoción profesional y complemento salarial).

<sup>775</sup> Desarrollado por la D.Ad. 1º Decreto 1251/2001, 17 de noviembre, que Regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>776</sup> El párrafo 4º de la D.Ad. 1º Decreto 1251/2001, declara que “no serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo”. *Vid.* al respecto extensamente, **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’*. RL nº 5, 2006, p. 11 y ss.

parcial en las situaciones de desequilibrio contractual previstas en el art. 47 TRET<sup>777</sup>. Fuera de estos casos, nada impide pensar que el empresario trate de introducir esta específica modificación a través de la vía habilitada por el art. 41 TRET. Lo que no significa que se esté negando que la reducción de jornada es una medida adecuada, en tanto que menos traumática que una reducción de empleo; sino simplemente, indicar cuál es el cauce legal actualmente previsto para poder hacerlo.

---

<sup>777</sup> Conclusión lógica si se acepta, primero, que el acuerdo obtenido a raíz de un expediente de regulación puede identificarse con la negociación colectiva del Título III y, por ende, en virtud del art. 41.2 TRET, no puede afectar a la regulación de la jornada establecida en un convenio colectivo; y, segundo, que la reducción de jornada no puede equipararse a la suspensión y, por tanto, no puede canalizarse a través del art. 47 TRET.

## ***1.2.- Facultades de modificación unilateral del trabajador.***

El trabajador, en virtud de la legislación vigente, está facultado para alterar sobrevenidamente el contenido de lo pactado siempre que concurren determinadas circunstancias tasadas por la ley (al igual que el empresario). Posibilidad que, atendiendo a las actuales reformas legislativas, no puede calificarse como testimonial, ni mucho menos. Como se sabe, el trabajador, al margen de lo inicialmente pactado, está facultado para imponer al empresario una serie de modificaciones de las condiciones de trabajo que, empleando los términos que utiliza la legislación laboral, sin duda, podrían calificarse perfectamente como “sustanciales”.

El motivo por el que el Legislador habilita al trabajador a alterar sobrevenidamente lo pactado responde a razonamientos heterogéneos. No obstante, puede identificarse un denominador común: la estabilidad en el empleo (*fin remoto – fin próximo*). En este sentido, no está de más reiterar que este reconocimiento positivo impide que pueda entenderse que las facultades reconocidas al empresario son una derivación de la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*. Tal y como se ha tratado de demostrar, asumiendo que ambas partes contractuales tienen reconocidas facultades idénticas, en pura lógica, debe colegirse que su fundamento es el mismo. En definitiva, puede afirmarse que dicho fundamento constitucional reside en el art. 35 CE. Desde un punto de vista de la dogmática jurídica, puede afirmarse que se trata de supuestos calificables como una excesiva onerosidad sobrevenida, pues, participan de todos y cada uno de los elementos que la caracterizan. Además, conviene reiterar que, el conjunto de facultades reconocidas al trabajador evidencian el carácter bilateral o recíproco de la flexibilidad (dejando de ser una pretensión adscrita monopolísticamente a la órbita del empresario). Repárese, por otra parte, que con estas medidas los intereses del empresario quedan en un segundo plano, de modo que se fortalece la idea jurídico-pública de la “empresa” como organización que posibilita la continuidad de los contratos de trabajo.

En la legislación laboral vigente el trabajador está facultado para alterar ciertos aspectos del contrato para la promoción profesional, y también está facultado para reducir la jornada de trabajo de forma unilateral, a fin de conciliar la vida familiar y laboral. Facultad configurada de un modo sustancialmente más generoso cuando se trata de situaciones de violencia de género. Además, por el mismo motivo, también tiene el derecho de solicitar un traslado. Opción que también se reconoce a los consortes (previo traslado por causas de empresa).

Veamos, a continuación, los elementos que efectivamente posibilitan la continuidad. Tarea que – y perdón por la reiteración – debe incardinarse en nuestro objetivo de delimitar el mapa de la estabilidad. En cualquier caso, haciendo una valoración anticipada de lo que se

expondrá, podemos afirmar que es evidente que las últimas reformas legales han contribuido a incrementar las facultades de movilidad interna del trabajador. Hasta el extremo que ha alcanzado un grado de desarrollo absolutamente revolucionario desde una perspectiva histórica. En definitiva, como se ha apuntado anteriormente, lo trascendente es que la flexibilidad ha dejado de ser una dimensión monopolizada por el empresario. La necesidad de velar por determinados intereses jurídico-públicos, en combinación con la estabilidad en el empleo, han propiciado este cambio de tendencia tan importante.

### ***1.2.1.- La reducción de jornada por motivos familiares.***

El art. 37 TRET reconoce el derecho de modificación unilateral del contrato, concretamente, a reducir la jornada, a quienes tienen que atender a su hijo por lactancia (apartado 4); a quienes su hijo ha nacido prematuramente o que tras el parto precise de hospitalización (apartado 4.bis); a quienes tienen menores a su cargo (apartado 5, párrafo 1º); y similar derecho a quienes asumen el cuidado directo de un familiar (apartado 5, párrafo 2º). Circunstancias, todas ellas, que describen una facultad de modificación unilateral del contrato a favor del trabajador, sin que el empresario, salvo contadas excepciones, esté facultado para impedirlo<sup>778</sup>. En virtud de esta facultad, la doctrina judicial ha afirmado que el derecho genérico de dirección y control de la actividad laboral que otorga al empresario el art. 20 TRET cede a favor del trabajador, en aras a satisfacer las atenciones y cuidados que requiere un determinado familiar<sup>779</sup>.

Desde una perspectiva de la dogmática jurídica puede entenderse que se trata de diversas manifestaciones de una excesiva onerosidad sobrevenida: en todas ellas, se produce un desequilibrio sustancial en la equivalencia de las prestaciones ante el acaecimiento de un determinado riesgo que hace que el contrato deje de tener para el trabajador la utilidad prevista originariamente.

Y, el Legislador reconoce esta facultad modificativa para permitir que, pese al acaecimiento de circunstancias sobrevenidas que afectan a la vida del trabajador y a la de su familia, pueda continuar vinculado con la empresa. En definitiva, sin olvidar que la pretensión

---

<sup>778</sup> MARÍN ALONSO, siguiendo el planteamiento de CRUZ VILLALÓN, habla del reconocimiento de un verdadero *ius variandi* a favor de los trabajadores. **MARÍN ALONSO**. *Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*. ASoc nº 5, 2001, versión digital (BIB 2001\736).

<sup>779</sup> STSJ Madrid 7 de septiembre 1999 (AS 2942).

del Legislador es proteger determinados valores familiares y la posibilidad de conciliar la vida laboral y familiar<sup>780</sup>, todas estas medidas van dirigidas a salvaguardar la estabilidad en el empleo.

La doctrina ha destacado que estos preceptos se erigen en uno de los principales mecanismos para compatibilizar los intereses familiares y laborales de los trabajadores en sentido genérico, pues, se trata de un derecho reconocido a hombres y mujeres<sup>781</sup>. La jurisprudencia, por su parte, ha declarado que “en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 TRET [extensible al resto de supuestos, a nuestro juicio] ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”<sup>782</sup>. De hecho, en los supuestos de jornada reducida por guarda legal, no sólo se tiende a proteger el “derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 CC, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible”<sup>783</sup>.

Y la doctrina judicial ha declarado que los “deberes de guarda legal están por encima de la organización del trabajo”<sup>784</sup> y que el fundamento último de esta facultad se encuentra en el art. 39.3 CE, “que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda. Por tanto, lo que pretende la norma es la tutela del niño en los primeros años de su vida por los cuidados que necesita; del disminuido psíquico, físico o sensorial, sin límite de edad, por la especial atención que los mismos requieren; y finalmente del familiar, cuando por razones de edad, de accidente o de enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, exigiendo para ello el cuidado directo del trabajador”<sup>785</sup>.

Sin embargo, a nuestro entender, pese a admitirse la validez de este argumento, debe afirmarse su carácter insuficiente, porque lo previsto en el art. 39 CE se predica con

---

<sup>780</sup> Como apunta MARÍN ALONSO, recogiendo el parecer de la SJS Pamplona (nº 2) 5 de abril 2001 (AS 787), la Ley 39/1999 “intenta configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada, trasponiendo a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas”. **MARÍN ALONSO**. *Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*, op. cit. (versión digital). En términos similares, **HIERRO HIERRO**. *Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?* ASoc nº 20, 2004, versión digital (BIB 2005\489).

<sup>781</sup> En los supuestos de reducción de jornada por lactancia la facultad modificatoria se reconoce a la madre “trabajadora” y sólo en los supuestos en los que ambos progenitores trabajen cabe su disfrute indistinto. Esto es, si la madre no es trabajadora asalariada, el padre, aunque lo sea, no tiene reconocido dicho derecho (*vid.* al respecto *infra*). Y en los supuestos de reducción de jornada por nacimiento prematuro u hospitalización del recién nacido, o bien durante las seis semanas posteriores al parto, se trata de una institución pensada fundamentalmente para el padre.

<sup>782</sup> SSTs 20 de julio 2000 (RJ 7209); 11 de diciembre 2001 (RJ 2002\2025); y 6 de abril 2004 (RJ 5909).

<sup>783</sup> STS 11 de diciembre 2001 (RJ 2002\2025).

<sup>784</sup> STSJ Madrid 7 de septiembre 1999 (AS 2942).

<sup>785</sup> STSJ Cataluña 27 de octubre 2003 (AS 4024).

independencia de la existencia de un contrato por cuenta ajena, por lo que conviene buscar un elemento que incardine esta facultad para sustraerse de lo pactado en el marco del contrato de trabajo. Fundamento que puede hallarse en el art. 35 CE, y el principio de estabilidad en el empleo que ampara, y la excesiva onerosidad sobrevenida. Como ya se ha expuesto, la finalidad del Legislador es que el acaecimiento de circunstancias sobrevenidas que alteran sustancialmente la utilidad prevista por el trabajador al celebrar el contrato (la equivalencia de las prestaciones) no le empujen al desistimiento, pues, es evidente que en determinadas situaciones la utilidad del tiempo dedicado al trabajo resulta inferior a la derivada para atender a ciertas necesidades sobrevenidas de la familia<sup>786</sup>.

Los apartados 4, 4.bis y 5 del art. 37 TRET facultan al trabajador a alterar lo acordado o lo previsto por la autonomía colectiva. Se trata de una facultad de modificación unilateral reconocida a los trabajadores que se impone al empresario (“en absoluto puede ser negado o desconocido por la patronal”<sup>787</sup>) y que sólo puede limitar (sólo en los supuestos del art. 37.5 TRET) “por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”, cuando los cónyuges trabajan para la misma empresa y ambos pretenden proceder a la reducción de jornada simultáneamente para atender al mismo causante<sup>788</sup>. Si el empresario plantea objeciones a la propuesta del trabajador, debe acudir al procedimiento establecido en el art. 138.bis TRLPL (art. 37.6 y D. Ad. 17ª TRET)<sup>789</sup>. Para que la oposición del empresario prospere se exige que la fundamente acreditando la existencia de un perjuicio manifiesto, evidente y concreto<sup>790</sup>. Dada

---

<sup>786</sup> Recuérdese que conforme a la lógica de la excesiva onerosidad basta que se trate de riesgos imprevistos sin que sea preciso que sean imprevisibles.

<sup>787</sup> STSJ Madrid 5 de marzo 2002 (AS 1664). Pronunciamiento que además declara que “existiendo un sujeto causante del derecho y solicitándolo el trabajador, el empresario no puede negarse a la reducción de jornada ni tampoco, lógicamente, al horario que elija el trabajador a quien la Ley otorga tal facultad”.

<sup>788</sup> La doctrina judicial ha declarado que “*la persona que tenga a su cargo la guarda legal del menor incapacitado, a la que el ordenamiento otorga el derecho a solicitar la reducción de jornada, es la capacitada para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de aquella guarda y que la llevan a tener que prescindir, incluso, de parte de su salario en función de necesidades variables en cada caso y que, por pertenecer a la intimidad de la persona y de la familia y en relación con las circunstancias personales ligadas a las del guardado, excluyen la posibilidad de que sea el empresario quien, desconociéndolas, elija o pueda elegir la determinación de tal derecho de reducción*”. STSJ Cataluña 14 de diciembre 1999 (AS 3976). De todos modos, desde la perspectiva procesal, el esquema que describe el art. 138 bis TRLPL parece “conducir a pensar que el derecho del trabajador no va más allá de proponer al empresario los términos de disfrute del derecho y, por eso, ante la disconformidad de éste, es el trabajador quien ocupa la posición de demandante en el proceso”. VIQUEIRA PÉREZ. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a 'tiempo parcial'*, op. cit., p. 16.

<sup>789</sup> Teniéndose en cuenta que el art. 189.1 TRLPL dispone que la sentencia de instancia será irrecurrible en suplicación. *Vid.* al respecto, STS 5 de noviembre 2003 (RJ 8807).

<sup>790</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*. ASoc nº 5, 2005, versión digital (BIB 2005\1145). Así, la STSJ País Vasco 18 de febrero 2003 (AS 1777): “cuando la empresa no evidencie razones suficientemente justificadas para no acceder a la elección de la específica jornada adoptada o solicitada por el trabajador, será ésta la que prospere, en tanto que cuando esas razones queden demostradas y el trabajador no aduzca otras motivaciones de mayor significado o relevancia puede prosperar el horario propuesto por la empresa, todo ello siempre dentro de los parámetros de la buena fe en la actuación tanto empresarial como del trabajador”. Ahora bien, “se admite la oposición empresarial por razones organizativas, aunque, sólo excepcionalmente, cuando entra en colisión con el derecho del trabajador a la distribución horaria de la reducción de jornada para el cuidado de la menor, haciendo recaer, en este caso, sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial”. *Vid.* también, SJS Pamplona (nº 1) 19 de septiembre 2001 (AS 3891).

la finalidad de la norma, los órganos jurisdiccionales tienden a resolver las discrepancias eligiéndose la solución más idónea para el menor, si bien el ejercicio del derecho ha de estar presidido por la buena fe y no resultar excesivamente perjudicial para el empresario<sup>791</sup>.

Se trata de una facultad reconocida a cualquier trabajador con independencia de la modalidad contractual que le una a la empresa y del tiempo que lleve vinculado a la misma. Asimismo, la reducción de jornada va acompañada de la reducción proporcional del salario (salvo en el supuesto del art. 37.4 TRET<sup>792</sup>), sin que pueda admitirse en puridad que nos encontremos ante una suspensión de la relación de trabajo<sup>793</sup> (porque los efectos no coinciden con los prototípicos de esta institución<sup>794</sup>), ni tampoco con la conversión del contrato en un contrato a tiempo parcial<sup>795</sup>.

En lo que concierne al contenido concreto de esta facultad, el art. 37.4 TRET permite una reducción de la jornada en media hora<sup>796</sup>. Se trata de una facultad alternativa, dado que el propio precepto ofrece al trabajador la posibilidad de elegir entre un permiso retribuido (de una hora), bien a la reducción de jornada sin mengua de su retribución<sup>797</sup>; o bien, a acumularse en

---

<sup>791</sup> SSJS Pamplona (nº 2) 3 de julio 2003 (AS 2506); y 5 de febrero 2002 (AS 675).

<sup>792</sup> De hecho, como recoge CABEZA PEREIRO, no podría ser de otro modo, pues, así lo establece el art. 5.2 del Convenio OIT nº 103: “las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales”. CABEZA PEREIRO. *Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal*. REDT nº 100, 2000, nota 119, p. 805.

<sup>793</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\2067); y *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales, op. cit.* (versión digital); y SÁNCHEZ TRIGUEROS. *Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido*. ASoc nº 4, 2004, versión digital (BIB 2004\535). Tampoco creo que el supuesto de reducción establecido en el art. 37.4 TRET pueda calificarse como una manifestación de la interrupción del contrato como se sostiene en, VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Colex. Madrid, 1999, p. 26. Defendiendo que se trata de un supuesto de reducción de jornada, GORELLI HERNÁNDEZ. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social, op. cit.*, p. 337, 338 y 351. Criterio que VALLE MUÑOZ defiende con respecto a los supuestos de reducción previstos en el art. 37.5 TRET. VALLE MUÑOZ, *op. cit.*, p. 35.

<sup>794</sup> Como se ha analizado, el tiempo de reducción no computa a efectos de la antigüedad, como sí ocurriría si se tratara de una suspensión contractual. *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>795</sup> ALBIOL MONTESINOS. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001, p. 41 a 43.

<sup>796</sup> Las SSJS Tarragona (nº 2) 27 de octubre 2003 (AS 4137); y Pamplona (nº 2) 8 de junio 1999 (AS 2024) – *cit.* MORENO CÁLIZ. *Permiso de lactancia en caso de parto múltiple*. ASoc nº 22, 2003, versión digital (BIB 2004\209) - reconoce el derecho de una trabajadora a disfrutar de un permiso por lactancia de dos horas como consecuencia de un parto múltiple (dos hijos), argumentando que “el titular del derecho es el hijo y no la madre o el padre, por lo que tiene derecho a una hora completa”. Por consiguiente, siguiendo este planteamiento, en este supuesto, cabría entender que la reducción de jornada por lactancia en caso de parto múltiple podría ser de una hora. *Vid.* también, VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares, op. cit.*, p. 31; y ALMENDROS GONZÁLEZ. *Familia y trabajo*. Comares. Granada, 2002, p. 59.

<sup>797</sup> En este sentido la STSJ Madrid 21 de diciembre 2004 (AS 4025) ha afirmado que “si el disfrute del permiso de lactancia no implica reducción de salario tampoco debe afectar a la consecución de los incentivos, lo que lleva a considerar que los objetivos deben calcularse teniendo en cuenta el disfrute del permiso de lactancia”. Y, la STSJ Cataluña 18 de marzo 2003 (AS 1955) ha admitido la compatibilidad de la reducción de jornada *ex art.* 37.5 TRET con la reducción de jornada por lactancia, pues, se trata de un derecho no condicionado “por la jornada laboral que se efectúe, y sin que esté referido tan siquiera a la proporción que dicha jornada represente sobre la jornada normal de trabajo, debiéndose tener en cuenta que el artículo 12.4.d) del ET dispone que los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo y que cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, precepto legal del que se desprende, en primer lugar que no puede haber una negativa al derecho de lactancia por el hecho de tener reducida la jornada laboral, y

jornadas completas según se haya previsto en la negociación colectiva<sup>798</sup>; o bien, según lo acordado por las partes (respetando, en tal caso, lo que pudiera establecerse en el convenio colectivo). La positivización de esta modalidad no sólo viene a reiterar una opción que tenía cierta predicación en la negociación colectiva<sup>799</sup>, sino que, sobre todo, parece habilitar la posibilidad de que las partes lo acuerden aunque en aquélla nada se hubiera previsto<sup>800</sup>.

En tanto que el art. 37.4 TRET prevé que la duración de este permiso debe incrementarse proporcionalmente en los casos de parto múltiple, cabe preguntarse si la reducción de jornada en media hora también debería experimentar la misma extensión. Lo cierto es que, pese a que el art. 37.4 TRET nada dice al respecto, debe entenderse que sí.

Por su parte, el art. 37.4.bis TRET permite una reducción de como máximo de 2 horas<sup>801</sup>. Y, el art. 37.5 TRET faculta al trabajador a reducir la jornada “entre al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla”<sup>802</sup>. La principal diferencia entre estas situaciones es que sólo en el supuesto de lactancia el beneficiario sigue ostentando el derecho a percibir la totalidad de su remuneración, pese a la reducción de jornada<sup>803</sup>.

La posibilidad de reducir la jornada prevista en todos los supuestos regulados en el art. 37 TRET comprende la posibilidad de determinar el período de disfrute durante el que la reducción de la jornada se va a prolongar, esto es, el “lapso de tiempo durante el que se aprovecha el derecho dentro del marco fijado por la regulación legal”<sup>804</sup>. Eso sí, respetando los

---

en segundo lugar que la repercusión económica por realizar jornada reducida respecto de la jornada normal de trabajo, de manera que el derecho de lactancia fuera proporcional al tiempo de trabajo efectivo, debería haberse previsto, cosa que no se ha hecho, en el propio artículo 37.4 del ET que lo regula”. En términos similares, SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de mayo 2003 (AS 2289); y 19 de febrero 2002 (AS 3303); País Vasco 24 de abril 2001 (AS 2101); Cataluña 8 de marzo 1999 (AS 1721). En contra, STJS Canarias (Las Palmas) 20 de febrero 2006 (AS 1137); Castilla y León (Burgos) 28 de mayo 1990 (AS 2313); y Madrid 20 de julio 1998 (AS 2891), las dos últimas *cit.* **RUBIO SÁNCHEZ**. *Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia*. ASoc nº 11, 2001, versión digital (BIB 2001\1120). Admitiendo esta compatibilidad en la doctrina, **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, op. cit.*, p. 40 y ss.

<sup>798</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que la STS 20 de junio 2005 (RJ 6597) ha admitido la legalidad de las cláusulas convencionales que posibilitan que “los padres opten, si lo consideran mejor para el cuidado de sus hijos, por acumular los permisos y obtener el disfrute de un mes retribuido”.

<sup>799</sup> *Vid. infra*.

<sup>800</sup> Con la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral para solventar los problemas que pudieran derivarse al respecto (art. 37.6 y D. Ad. 17ª TRET).

<sup>801</sup> Por tanto, de la literalidad del precepto se desprende que el trabajador, además del permiso retribuido previsto en el propio apartado 4.bis, puede reducir la jornada con una disminución proporcional del salario.

<sup>802</sup> No obstante, un sector de la doctrina (en base a la redacción anterior a la LOI) entiende que “el límite mínimo (al menos un tercio) está establecido en beneficio del trabajador, por lo que podrá solicitar una reducción de la jornada inferior al tercio de la misma, ya que esta posibilidad no causa ningún perjuicio al empresario”. **CORTE HEREDERO**. *El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal*. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1099).

<sup>803</sup> Los apartados 4.bis y 5 del artículo 37 TRET hacen mención expresa a la reducción proporcional del salario.

<sup>804</sup> Aunque en el supuesto del art. 37.4.bis TRET, debe entenderse que se trata de una situación directamente sujeta a la duración de la hospitalización del menor. Lo que no impide que el trabajador pueda reincorporarse a su jornada ordinaria con anterioridad a la fecha de alta del recién nacido. **SÁNCHEZ TRIGUEROS**. *Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados*. ASoc nº 17, 2001, versión digital (BIB 2001\1596).



límites (“naturales”) del hecho sobrevenido que posibilita la modificación contractual unilateral<sup>805</sup>.

Y, además, la posibilidad de fijar su concreción horaria. Expresión que debe ser entendida como la determinación del momento específico de disfrute dentro de la jornada ordinaria del trabajador y no, por tanto, de la jornada ordinaria de la empresa<sup>806</sup>. Por tanto, la expresión “jornada ordinaria”, *ex art. 37.6 TRET*, debe entenderse “sólo como tiempo de duración del trabajo diario” y no a la “a la jornada anual ni a otra distinta que la de cada día”<sup>807</sup>. Interpretación que puede exportarse a los supuestos de los apartados 4 y 4.bis del art. 37 TRET, pese a emplear las expresiones “jornada” y “jornada de trabajo”, respectivamente<sup>808</sup>.

No obstante, a pesar de que la norma sólo concede el derecho a la reducción de la jornada, en alguna ocasión, los Tribunales han procedido a una interpretación “flexible” de lo previsto en el apartado 5 del art. 37 TRET. Así, han reconocido el derecho a pasar del turno rotatorio al fijo<sup>809</sup>, e, incluso, sin alterar la jornada<sup>810</sup>. También se ha admitido la posibilidad de

---

<sup>805</sup> Los 9 meses posteriores al parto (apartado 4); el período de hospitalización del recién nacido (apartado 4.bis); 8 años (apartado 5.1); y el período de convalecencia del familiar que precise un cuidado directo (apartado 5.2). En cambio, para los supuestos del cuidado de un minusválido físico, psíquico o sensorial no existe término alguno.

<sup>806</sup> En la doctrina, **MARÍN ALONSO**. *Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*, *op. cit.* (versión digital); **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital); **HIERRO HIERRO**. *Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?*, *op. cit.* (versión digital); **CHARRO BAENA**. *La concreción del horario laboral del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares*. ASoc nº 10, 2000, versión digital (BIB 2000\1217).

<sup>807</sup> STSJ Cataluña 14 de diciembre 1999 (AS 3976). Aunque se ha procedido a una interpretación flexible de este planteamiento, admitiéndose la reducción de jornada de lunes a viernes, manteniendo la jornada de los sábados. STSJ Cataluña 21 de marzo 2003 (JUR 130268).

<sup>808</sup> En contra, **VALLE MUÑOZ** entiende que la reducción de jornada *ex art. 37.4 TRET* sólo puede consistir bien en empezar la jornada de trabajo media hora después, o bien en finalizarla media hora antes. **VALLE MUÑOZ**. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, *op. cit.*, p. 33; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, p. 338.

<sup>809</sup> SAN 28 de febrero 2005 (AS 620) - un comentario a este pronunciamiento en, **SÁNCHEZ TRIGUEROS**. *Elección de turno por trabajadores con jornada reducida especial (El caso Leroy Merlin)*. ASoc nº 4, 2005, versión digital (BIB 2005\1109); STSJ Comunidad Valenciana 19 de febrero 2002 (AS 3303); SSJS Pamplona (nº 1) 19 de septiembre 2001 (AS 3891); y (nº 2) 3 de julio 2003 (AS 2506); 5 de febrero 2002 (AS 675); y 5 de abril 2001 (AS 787). Un comentario al último pronunciamiento citado en, **MARÍN ALONSO**. *Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*, *op. cit.* (versión digital).

La SJS Ciudadela (nº 1) 23 de marzo 2005 (AS 427), también admite esta posibilidad en base a que “la interpretación de los preceptos objeto de controversia [art. 37.5 y 6 TRET] ha de realizarse de una forma extensiva y acorde al espíritu y finalidad de los mismos de modo que ha de entenderse que salvo excepcionales supuestos en los que pueda apreciarse abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa corresponde al trabajador la elección de turno y concreción horaria del modo más favorable a la protección del menor”.

<sup>810</sup> SJS Madrid (nº 35) 6 de mayo 2004 (AS 1437). Mostrando su conformidad con el criterio del Juzgado por entender que es conforme a la “interpretación teleológica y finalista del precepto señalado en aras a conseguir una real y efectiva conciliación de las responsabilidades laborales y familiares”, **ALMENDROS GONZÁLEZ**. *La modificación del turno de trabajo por circunstancias familiares: el cuidado directo de menor de seis años*. ASoc nº 9, 2004, versión digital (BIB 2004\902); y mostrándose más reticente a la legalidad de dicha interpretación, **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital).

La STSJ Madrid 22 de octubre 2002 (AS 2003\922), en cambio, no admite la facultad del trabajador de modificar el turno rotatorio por uno fijo como sostiene la sentencia de instancia (SJS Madrid – nº 32 – 20 de noviembre 2001); sin embargo, la STS 5 de noviembre 2003 (RJ 8807) declara la nulidad de la STSJ Madrid 22 de octubre 2002 (AS 2003\922) porque, en virtud del art. 138.bis TRLPL, la sentencia de instancia es firme sin que pueda interponerse recurso de suplicación.

ampliar en una hora diaria la jornada de trabajo (lunes a viernes) a cambio de librar en otro día (sábado)<sup>811</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de esta facultad está condicionado a la concurrencia de ciertos requisitos que conviene analizar, pues, la posibilidad de conciliar el trabajo con la familia y, por ende, favorecer la estabilidad en el empleo, depende de ellos.

### ***1.2.1.1.- Condicionantes legales para el ejercicio legítimo de la reducción de jornada.***

El trabajador tiene derecho a reducir la jornada de trabajo siempre que concurra un motivo (legalmente tasado) que lo justifique (1.-); así como ciertos condicionantes de naturaleza subjetiva y objetiva (2.-); y, finalmente, que se cumpla con ciertos requisitos formales (3.-). Veamos, a continuación, cada uno de ellos.

1.- La posibilidad de reducir la jornada es una institución causal, que varía en función de la finalidad específica a la que pretende dar respuesta la norma. Por consiguiente, al igual que para el empresario, se exige la concurrencia de una causa habilitante, sin que pueda ejercerse de forma caprichosa o arbitraria<sup>812</sup>. La particularidad con respecto a la facultad reconocida al empresario, es que se trata de presunciones *iuris et de iure*, sin que el trabajador, más allá de la alegación de la veracidad de la situación en la que se encuentra, esté obligado a probar el desequilibrio que padece por la necesidad de atender a ciertas necesidades familiares. De hecho, la doctrina judicial, analizando los supuestos de reducción de jornada por cuidado de un menor de ocho años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, ha afirmado que en tanto que la finalidad de la norma es atender a los “deberes legales de asistencia anejos a la patria potestad y a la guarda legal determinados en el CC, así como a la asistencia de todo orden que los padres deben prestar a sus hijos (art. 39.3 CE)”, este deber legal “no necesita prueba del modo en que se concreta”<sup>813</sup>. Planteamiento que es perfectamente trasladable al resto de supuestos previstos en los apartados 4, 4.bis y 5.2 del artículo 37 TRET.

Así, en el art. 37.4 TRET, la posibilidad de sustituir el permiso por lactancia por la reducción de la jornada en media hora con la misma finalidad, depende de la existencia de un recién nacido que sea menor de nueve meses. Pese a que la norma simplemente habla de

---

<sup>811</sup> La SJS Barcelona (nº 21) 30 de noviembre 2004 (AS 3510). Un comentario a dicho pronunciamiento, **HIERRO HIERRO**. *Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?*, *op. cit.* (versión digital).

En contra, SJS Pamplona (nº 1) 19 de septiembre 2001 (AS 3891) afirma que “la facultad de la que se dota al trabajador es la de reducir el número de horas, en su jornada diaria y dentro de su horario establecido, en las que prestará sus servicios profesionales, pero en ningún caso queda el trabajador facultado a reducir el número de días en los que prestará sus servicios profesionales, ni a modificar su jornada ordinaria, sino únicamente se le faculta a reducirla”.

<sup>812</sup> STSJ Madrid 7 de septiembre 1999 (AS 2942).

<sup>813</sup> STSJ Comunidad Valenciana 27 de septiembre 2001 (AS 524).

“lactancia”, sin precisar si se trata de una maternidad biológica o adoptiva, cabe entender aplicable a ambos supuestos.

Conforme al apartado 4.bis del art. 37 TRET (con independencia de la posibilidad de solicitar una hora diaria de permiso), es preciso que, o bien se produzca la hospitalización de un recién nacido, o bien de parto prematuro. Institución, por tanto, sólo aplicable en los supuestos de maternidad biológica.

Y, para poder ejercer el derecho previsto en el párrafo 1 del apartado 5 del art. 37 TRET, es preciso que el solicitante *tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o bien a un minusválido físico, psíquico o sensorial*. Esta facultad también se reconoce a quien *precise encargarse del cuidado directo* de un familiar que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo.

2.- Para el reconocimiento de esta facultad modificatoria deben concurrir una serie de condicionantes de naturaleza *subjetiva y objetiva*. En cuanto a los primeros, si se trata de una reducción de jornada por lactancia (art. 37.4 TRET), de la literalidad de la norma se desprende que el derecho sólo está reconocido a la madre (“las trabajadoras”), siempre y cuando sea asalariada<sup>814</sup>. Y sólo en el supuesto de que “ambos trabajen” por cuenta ajena podrán disfrutarlo indistintamente, en cuyo caso debe entenderse que la madre cede su facultad<sup>815</sup>. Por consiguiente, en tanto que sólo quien es titular de un derecho puede cederlo, si la madre no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, el padre no puede disfrutar de él<sup>816</sup>.

---

<sup>814</sup> VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, op. cit., p. 28 y 29. Por otra parte, en tanto que a partir de la Ley 39/1999, se ha modificado la expresión “jornada normal” por la actual “jornada”, se entiende que esta facultad se reconoce a cualquier trabajador con jornada a tiempo completo o a tiempo parcial. SSTSJ Cataluña 18 de marzo 2003 (AS 1955); y País Vasco 24 de abril 2001 (AS 2101). En la doctrina *vid.*, MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum, 2001, p. 54; y ALMENDROS GONZÁLEZ. *Familia y trabajo*, op. cit., p. 80 a 82.

<sup>815</sup> Como apunta VALLE MUÑOZ, un sector de la doctrina (LOUSADA AROCHENA) admite la posibilidad de que ambos trabajadores disfruten simultáneamente de dicho derecho, especialmente, si ambos trabajan para la misma empresa (aunque también si no fuera así). VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, op. cit., p. 29.

<sup>816</sup> La STSJ País Vasco 24 de abril 2001 (AS 2100), analizando el sentido de la expresión “en caso de que ambos trabajen”, *ex* art. 37.4 TRET, sostiene que debe considerarse “la titular sigue siendo la mujer trabajadora, mujer que presta servicios en el régimen por cuenta ajena”. Criterio que ha sido seguido por las SSTSJ Galicia 2 de noviembre 1999 (AS 3493); y Andalucía (Málaga) 19 de mayo 2000 (AS 2415); (Sevilla) 24 de abril 2001 (AS 2809); País Vasco 6 de marzo 2001 (JUR 299491); Asturias 5 de diciembre 2003 (AS 2004\871); y Navarra 15 de diciembre 2003 (AS 2004\2090). Comparte este criterio en la doctrina, RUBIO SÁNCHEZ. *Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia*, op. cit. (versión digital); y VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, op. cit., p. 30. En contra, SIERRA HERRAIZ asevera que “es conveniente realizar una interpretación correctora del artículo 37.4 ET y entender que donde dice trabajadoras está haciendo referencia a todos los trabajadores con independencia de su sexo. De esta manera las condiciones de acceso de hombres y mujeres a este permiso serían las mismas”. SIERRA HERRAIZ. *Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo*. ASoc 1998, versión digital (BIB 1999\378). Para ALMENDROS GONZÁLEZ este tratamiento diferenciado estaría justificado siempre y cuando se trate de un supuesto de lactancia natural (no así si es artificial). Sin embargo, admite las dificultades que tiene el legislador para descender a tales extremos. ALMENDROS GONZÁLEZ. *Familia y trabajo*, op. cit., p. 62.

Lo que por otra parte, pone en tela de juicio la validez de ciertos planteamientos que sostienen que la titularidad del derecho corresponde al menor y no a los progenitores. En este sentido, STSJ Galicia 24 de junio 1991 (AS 3406), *cit.* MORENO CÁLIZ. *Permiso de lactancia en caso de parto múltiple*, op. cit. (versión digital).

En cambio, en el resto de supuestos modificatorios recogidos en los apartados, 4.bis y 5 esta facultad está reconocida con independencia del sexo del beneficiario. Así, el apartado 4.bis del artículo 37 TRET, simplemente se refiere al “padre” y la “madre”, sin emplear el término “trabajador” o “trabajadora”. No obstante, cabe entender que la norma se refiere a las personas empleadas por cuenta ajena. De todos modos, a diferencia del apartado 4, la titularidad del derecho se reconoce a ambos progenitores. Y, en los supuestos del apartado 5, al igual que en el apartado 4.bis del art. 37 TRET, los párrafos 1º y 2º omiten hacer referencia a la condición del beneficiario. Debiéndose entender que se refiere a trabajadores (hombre y mujer) por cuenta ajena.

En lo relativo a los *elementos objetivos*, el art. 37.6 TRET exige (para todos los supuestos, esto es, apartados 4, 4.bis y 5), en primer lugar, que la reducción de jornada se realice, como se ha apuntado, “dentro de la jornada ordinaria de la empresa”. Además, específicamente, se establecen ciertos requisitos para cada uno de los supuestos. En los supuestos de reducción de jornada por lactancia, la madre no podrá ejercitar su facultad mientras tenga su contrato de trabajo en suspenso<sup>817</sup>. En los casos del apartado 5, si se trata de un menor de ocho años, el beneficiario debe ostentar la “guarda legal” y el cuidado “directo del menor”. De las diversas instituciones que prevé el CC para la guarda y protección de la persona y de los bienes del menor o incapacitado (esto es, tutela, curatela, defensor judicial y patria potestad – arts. 215 y 154 y ss. CC), la “guarda legal” a la que la norma laboral se refiere sólo comprende a la tutela y a la patria potestad porque son las únicas instituciones que conllevan la “guarda” del sujeto menor o incapacitado<sup>818</sup>. Paralelamente, el trabajador debe tener a su “cuidado directo” al menor o incapacitado. Si se trata de un minusválido físico, psíquico o sensorial, la expresión legal no puede equipararse a la institución civil de la incapacidad. Entendiéndose que “debe

---

<sup>817</sup> STSJ Madrid 5 de abril 2005 (AS 755). Lo que no quita que el padre pueda disfrutar de la facultad reconocida en el art. 37.4 TRET mientras la madre tiene el contrato en suspenso por maternidad. De hecho, el apartado 5 de la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001, 16 de noviembre (BOE 17 de noviembre), que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, establece que la *suspensión del contrato por maternidad a tiempo parcial* es incompatible con la reducción de jornada prevista en los apartados 4, 4.bis y 5 del art. 37 TRET. Por consiguiente, salvo estos supuestos, nada obsta que el padre pueda disfrutar de la reducción de jornada por lactancia, mientras que la madre disfruta de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad. No obstante, MORENO CÁLIZ, siguiendo el criterio de la STSJ Castilla La Mancha 25 de marzo 1999 (AS 3204), sostiene que esta opción no es posible dado que “efectivamente es necesario que ambos progenitores trabajen, entendiendo el término en sentido material, es decir, que se encuentren prestando servicios y no sean titulares de una relación de empleo que esté suspendida y no despliegue sus efectos”. MORENO CÁLIZ. *Permiso de lactancia en caso de parto múltiple*, op. cit. (versión digital). Sin embargo, la exigencia de que “ambos trabajen”, ex art. 37.4 TRET, debe entenderse referida única y exclusivamente para el nacimiento del derecho.

<sup>818</sup> CORTE HEREDERO. *El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal*, op. cit. (versión digital). Asimismo, debe entenderse comprendido el acogimiento familiar de menores, porque en tanto que conlleva la “plena participación de estos últimos en la vida familiar e impone a quien los recibe las obligaciones de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, también generará el derecho a la reducción de jornada a la que estamos haciendo referencia. Sin embargo, la simple guarda de hecho (art. 303 CC), no sería suficiente para ejercitar ese derecho”.

interpretarse en el amplio sentido de persona que padezca cualquier tipo de dolencias o enfermedades médicamente constatadas que alteren notoriamente su salud<sup>819</sup>.

Cuando se trate del cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>820</sup>: a) que el grado de parentesco entre ambos sea el primero o segundo de consanguinidad o de afinidad; b) que dicho familiar no pueda valerse por sí mismo, bien sea por razones de edad o de accidente, o de enfermedad<sup>821</sup>; y b) que el mismo familiar no desempeñe actividad retribuida<sup>822</sup>.

3.- En lo relativo a su ejercicio, la posibilidad de modificación unilateral del contrato está sujeta a que el trabajador preavise al empresario “la reincorporación a su jornada ordinaria con quince días de antelación” (art. 37.6 TRET)<sup>823</sup>. Y, en los supuestos en los que ambos progenitores trabajen, el apartado 4 del art. 37 TRET plantea numerosos problemas de aplicación práctica, pues, no ofrece elementos suficientes como para concretar cómo debe operarse, especialmente, para el caso de que surjan discrepancias entre los progenitores<sup>824</sup>.

---

<sup>819</sup> STSJ Castilla y León 16 de enero 1992 (AS 25), *cit.* **CORTE HEREDERO**. *El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>820</sup> STSJ La Rioja 2 de junio 2005 (AS 1702).

<sup>821</sup> La doctrina ha afirmado que dicha locución que “no ha de interpretarse buscando equivalencia en los niveles incapacitantes de Seguridad Social sino más bien en el sentido social, equivalente a que se precisa de otras personas para realizar determinadas tareas o gestiones, incluso aunque las capacidades-psicofísicas no estén mermadas de manera relevante”. **SÁNCHEZ TRIGUEROS**. *Elección de turno por trabajadores con jornada reducida especial (El caso Leroy Merlin)*, *op. cit.* (versión digital); y **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 33. En esta línea, **ALARCÓN CASTELLANOS** afirma que “la exigencia de que el familiar de no pueda valerse por sí mismo podría limitar en exceso el derecho a la reducción de jornada si se interpretara como equivalente a la gran invalidez contemplada en la legislación de Seguridad Social. Con la finalidad de evitar esta interpretación, el CES propuso la sustitución de la exigencia de que el familiar no pueda valerse por sí mismo por que tenga dificultad para valerse por sí mismo”. **ALARCÓN CASTELLANOS**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999)*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1626). *Vid.* también, y **ALMENDROS GONZÁLEZ**. *Familia y trabajo*, *op. cit.*, p. 75 y 76. Por otra parte, cabe la posibilidad de que esta norma se aplique a los menores mayores de 8 años y que no padezcan minusvalía alguna. Admitiendo esta posibilidad en la doctrina, **ALMENDROS GONZÁLEZ**, *op. cit.*, p. 77 a 79. De hecho, la doctrina judicial ha admitido esta interpretación en los supuestos de “excedencia” *ex art.* 46.3.2º TRET – *vid.* al respecto *infra*. No obstante, esta facultad modificatoria no puede reconocerse si la persona que pretende dicho beneficio no demuestra que precisa encargarse del cuidado directo de un familiar ni tampoco si no se acredita que la persona que lo requiere no puede continuar valiéndose por sí misma. STSJ La Rioja 2 de junio 2005 (AS 1702).

<sup>822</sup> La doctrina ha criticado esta exigencia, pues, el hecho de que una persona minusválida preste determinados servicios compatibles con su situación personal, no obsta que pueda precisar la atención de un familiar. **ALMENDROS GONZÁLEZ**. *Familia y trabajo*, *op. cit.*, p. 73. Paralelamente, la redacción de la norma podría dar a entender que sería predicable del trabajador que solicita la reducción. No obstante, atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, 6 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, debe entenderse referido al sujeto causante. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital); y **ALARCÓN CASTELLANOS**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999)*, *op. cit.* (versión digital). Ahora bien, como apunta la mencionada autora, cabría preguntarse si el supuesto de hecho de la norma se cumpliría si el sujeto causante realizara una actividad pero no retribuida. Por ello, “si lo que persigue la norma es evitar que el trabajador ejercite el derecho cuando el familiar realice una prestación lucrativa debería haber exigido una carencia de ingresos semejante a la estipulada para las prestaciones no contributivas. Si, por el contrario, lo que pretende el legislador es que el familiar no pueda desplegar ninguna actividad laboral al no poder valerse por sí mismo, resultaría indiferente que la actividad desempeñada fuera o no lucrativa”.

<sup>823</sup> Previsión que en los supuestos del art. 37.4.bis TRET es ciertamente difícil que pueda cumplirse.

<sup>824</sup> Como afirma **SEMPERE NAVARRO**, el legislador omite hacer referencia a “¿quién decide el disfrute?, ¿puede ser sucesivo?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción?, ¿qué sucede si madre y padre reclaman en derecho?,

### 1.2.1.2.- *El papel de la negociación colectiva en la mejora de la legalidad vigente.*

El papel de la negociación colectiva en la mejora de las medidas previstas en la legislación, de cada a mejorar la protección de los intereses concurrentes en estas situaciones es notable. Incidiendo sobre numerosos aspectos de la regulación legal. En efecto, es frecuente que se haga referencia a la posibilidad de reducir la jornada como medida alternativa al permiso de lactancia. Aunque con resultados desiguales. En ocasiones, la acción de la negociación colectiva es escasamente relevante, pues, son numerosos los convenios que se limitan a reproducir literalmente el contenido del art. 37.4 TRET<sup>825</sup>; o bien se remiten al precepto estatutario<sup>826</sup>.

En cambio, en otras ocasiones, se opta decididamente por establecer una norma más favorable. Sin que en este sentido haya excesiva uniformidad o unidad de acción. Así, es relativamente frecuente que los convenios colectivos incrementen el período de tiempo más allá de los 9 meses<sup>827</sup>, o bien el tiempo que el beneficiario puede reducir su jornada<sup>828</sup>. En

---

etc.?. **SEMPERE NAVARRO.** *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores, op. cit.* (versión digital). La doctrina entiende que este derecho no puede disfrutarse de forma simultánea. **MORENO CÁLIZ.** *Permiso de lactancia en caso de parto múltiple, op. cit.* (versión digital).

<sup>825</sup> CCOL – La Rioja - Garajes, Estaciones de Lavado y Engrase, Aparcamientos (BO. La Rioja 25 de julio 2006, LLR 195); CCOL – Asturias - sector de Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); CCOL – Illes Balears - Industrias Vinícolas (BO. 1 de junio 2006, LIB 189); CCOL – Estatal - Industria Fotográfica (BOE 6 de junio 2006, RCL 1147); CCOL – Com. Madrid - Confección de Guantes de Piel y Similares (BOCM 30 de mayo 2006, LCM 274); CCOL – Murcia - Oficinas y Despachos (BO. Región de Murcia 8 de mayo 2006, LRM 190); CCOL – Estatal - Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26 de abril 2006, RCL 866); CCOL – Castellón - Marroquinería y afines (DOGV 21 de abril 2006, LEG 2873); CCOL – Ourense - comercio de materiales para la construcción y saneamiento (BO. Ourense 15 de marzo 2006, LEG 4450); CCOL – Barcelona - fabricantes de galletas (DOGC 4 de abril 2006, LCAT 265); CCOL – Barcelona – Vinos (DOGC 20 de febrero 2006, LCAT 95); CCOL – Com. Valenciana - Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada (DOCV 13 de febrero 2006, LCV 81); CCOL – Ávila - Industria de la Panadería (BO. Ávila 5 de enero 2006, LEG 1301); CCOL – Cantabria - Comercio de Detallistas de Alimentación (BO. Cantabria 17 de enero 2006, LCTB 7); CCOL – Estatal - Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 18 de enero 2006, RCL 91); CCOL – Cataluña - centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales (DOGC 22 de febrero 2006, LCAT 100); CCOL – Palencia - Industrias Siderometalúrgicas (BO. Palencia 18 de noviembre 2005, LEG 8073); CCOL – Estatal - Sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE 15 de septiembre 2005, RCL 1828); CCOL – Estatal - Industria Textil y de la Confección (BOE 31 de agosto 2005, RCL 1758).

<sup>826</sup> CCOL – Tarragona - cooperativas del campo (DOGC 8 de noviembre 2005, LCAT 677).

<sup>827</sup> 12 meses (CCOL – Estatal - Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, BOE 4 de agosto 2006, RCL 1565; y CCOL – Murcia - personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia, BO. Región de Murcia 20 de mayo 2006, LRM 210; CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14); CCOL – La Rioja - Residencias Privadas de Personas Mayores (DO. La Rioja 4 de octubre 2005, LLR 212).

<sup>828</sup> 1 hora: CCOL – Estatal - Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (BOE 4 de agosto 2006, RCL 1565); CCOL – Estatal - Administraciones de Loterías (BOE 19 de junio 2006, RCL 1148); CCOL – Almería - Comercio Textil (BO. 25 de mayo 2006, LEG 4536); CCOL – Estatal - Gestorías Administrativas (BOE 23 de mayo 2006, RCL 1031); CCOL – Ciudad Real - Tintorerías y Lavanderías (BO. Ciudad Real 28 de abril 2006, LEG 3769); CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424); CCOL – Bizcaia - Sector de Intervención Social (BO. Bizcaia 26 de mayo 2006, LEG 2646); CCOL – Bizcaia - sector de Torrefactores (BO. Bizcaia 20 de febrero 2006, LEG 379), CCOL –

cambio, es menos frecuente que tengan en cuenta la circunstancia de parto múltiple (teniendo en cuenta que a partir de la LOI dicho incremento está previsto en el TRET)<sup>829</sup>; o bien, extiendan esta facultad a los supuestos de adopción o acogimiento<sup>830</sup>. En ocasiones, en cambio, se trata de limitar el ejercicio de la facultad reconocida al trabajador, acotando su concreción, lo que constituye un clausulado de dudosa legalidad por contravenir el art. 37.6 TRET<sup>831</sup>.

En otros supuestos, se ofrece la posibilidad de sustituir el permiso de lactancia (o su alternativa, la reducción de jornada)<sup>832</sup> por una licencia retribuida por un determinado período de tiempo ejercitable a discreción del beneficiario<sup>833</sup>; bien, ampliando el período de suspensión por maternidad<sup>834</sup>. Posibilidad que, en ocasiones, se supedita a un previo acuerdo entre

---

Cádiz - Agencias Marítimas (BO. Cádiz 2 de marzo 2006, LEG 1101); CCOL – Com. Valenciana - Sector Privado de Residencias para la Tercera Edad (DOGV 31 de enero 2006, LCV 62); CCOL – Estatal – Ferralla (BOE 27 de enero 2006, RCL 142); CCOL – Cataluña - Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos (DOGC 30 de noviembre 2005, LCAT 723); CCOL – La Rioja - Residencias Privadas de Personas Mayores (DO. La Rioja 4 de octubre 2005, LLR 212).

<sup>829</sup> Art. 53 CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha (DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14) establece que “En el supuesto de parto múltiple, se multiplicará la hora de lactancia por el número de hijos e hijas”. En términos similares, art. 25 CCOL – Valencia - Sector de Limpieza de Edificios y Locales (BO. Valencia 29 de septiembre 2005, LEG 3889); y el art. 16 CCOL – Estatal - sociedades cooperativas de crédito (BOE 14 de septiembre 2005, RCL 1821) - aunque vinculado con la posibilidad de acumulación del permiso por lactancia con la suspensión por maternidad.

<sup>830</sup> CCOL – Palencia – Comercio del Metal (BO. Palencia 25 de enero 2006, LEG 1351). En términos similares, art. 34 CCOL – Cantabria - Comercio de Detallistas de Alimentación (BO. Cantabria 17 de enero 2006, LCTB 7); CCOL – Cataluña - Empresas organizadoras del juego del bingo (DOGC 3 de febrero 2006, LCAT 50).

<sup>831</sup> El art. 39 CCOL – Bizcaia - Sector de Intervención Social (BO. Bizcaia 26 de mayo 2006, LEG 2646) establece que “Se podrá sustituir la pausa o interrupción de la jornada por una reducción de la jornada normal de una hora que, a su opción, la podrá aplicar al principio o terminación de la misma”.

<sup>832</sup> En cuanto a la legalidad de esta alternativa *vid.* STS 20 de junio 2005 (RJ 6597).

<sup>833</sup> Por ejemplo, el art. 26 del CCOL – Huesca - Convenio Colectivo Oficinas y Despachos (BO. Huesca 13 de junio 2006, LEG 4593) establece que “las madres, o los padres en el caso de que ambos trabajen, podrán optar por sustituir la hora de lactancia reconocida en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, por una licencia retribuida de 10 días laborables, a disfrutar dentro del primer año de la vida del menor”. Y el art. 19 CCOL – Valencia - Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450) posibilita la acumulación del permiso de lactancia en 15 días. Y el art. 36 CCOL – Estatal – Ferralla (BOE 27 de enero 2006, RCL 142) establece que “Las trabajadoras y los trabajadores tendrán derecho a una hora de reducción de su jornada diaria, que podrá usar también de forma fraccionada o acumulada para su disfrute semanal o mensual”.

<sup>834</sup> El art. 18 CCOL – Navarra - Artes Gráficas e Industrias Auxiliares (BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189) declara que el beneficiario podrá optar por “alargar el permiso por maternidad en doce días laborales más” o bien por disfrutar del permiso de lactancia *ex* art. 37.4 TRET. En términos similares, otros convenios posibilitan la acumulación aunque de períodos superiores. Por ejemplo, se permite la acumulación de 13 días (CCOL – Valencia - sector de oficinas y despachos, BO. Valencia 7 de octubre 2005, LEG 7620); bien, de 14 días (CCOL – Estatal - Grandes Almacenes, BOE 27 de abril 2006, RCL 873; y CCOL – Tarragona - comercio textil, DOGC 1 de junio 2006, LCAT 457 – estableciendo una obligación de preaviso de 30 días antes de la finalización de la suspensión por maternidad); bien, de 3 semanas (CCOL – Estatal – AENA, BOE 18 de abril 2006, RCL 809); o bien, de un mes (CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14 – siempre que se preavise con un plazo de 30 días; CCOL – Asturias - Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias, BO. Asturias 26 de agosto 2005, LPAS 238). Por su parte, el art. 16 CCOL – Estatal - sociedades cooperativas de crédito (BOE 14 de septiembre 2005, RCL 1821) permite que “con carácter alternativo dicha ausencia podrá sustituirse por un permiso retribuido de 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad, o bien 10 días naturales a continuación del descanso por maternidad y los otros 5 días naturales antes que el hijo cumpla 12 meses de edad. En los casos de partos múltiples tendrán derecho a 5 días naturales adicionales por cada hijo que necesariamente deberán acumularse al descanso de maternidad”.

trabajador y empresario<sup>835</sup>. La nueva redacción del art. 37.4 TRET, dada por la LOI, respecto de estos convenios colectivos, no va a tener excesiva incidencia.

En cuanto a los supuestos de reducción de jornada motivada por el nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados (art. 37.4.bis TRET) el tratamiento dispensado por la negociación colectiva es testimonial, pues, de los convenios analizados apenas se trata y, cuando se hace, se acostumbra a reproducir el contenido de la norma<sup>836</sup>; o bien se remite al precepto estatutario<sup>837</sup>.

---

En otros casos, la posibilidad de sustitución del permiso de lactancia acumulándolo a la suspensión por maternidad se articula de otro modo. Así el art. 22 CCOL – Bizcaia – Sector de la Construcción (BO. Bizcaia 9 de junio 2006, LEG 4323) establece que el beneficiario podrá disfrutar el permiso de lactancia tal y como se prevé en el art. 37.4 TRET o bien “acumular el tiempo resultante de ese permiso a la licencia por maternidad y disfrutarlo a continuación de ésta, a razón de una hora por cada día que falte para cumplir los nueve meses del menor”. En términos similares, CCOL – Bizcaia – Alimentación (BO. Bizcaia 31 de mayo 2006, LEG 4267); CCOL – Com. Madrid - Residencias y Centros de Día para Personas Mayores (BOCM 13 de junio 2006, LCM 294); y CCOL – Bizcaia - sector de Torrefactores (BO. Bizcaia 20 de febrero 2006, LEG 379); CCOL – Guadalajara - Actividades de Siderometalúrgicas (BO. Guadalajara 31 de agosto 2005, LEG 3816).

Y el art. 5 CCOL – Murcia - Personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia (BO. Región de Murcia 20 de mayo 2006, LRM 210) posibilita su sustitución por un permiso de 4 semanas, declarando que “dicho permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple, pudiendo acumularse a los períodos de maternidad y vacaciones”.

Finalmente, el art. 39 CCOL – Cataluña - Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos (DOGC 30 de noviembre 2005, LCAT 723), “establece la posibilidad de acumulación del total del tiempo a continuación del permiso por maternidad, siempre que ambas partes estén de acuerdo y así lo convengan”. Y, además, “establece asimismo la posibilidad de acumular, de común acuerdo, las reducciones de jornada en un solo día laborable de la semana”.

<sup>835</sup> CCOL – Toledo - Comercio de Alimentación (BO. Toledo 1 de junio 2006, LEG 2472); CCOL – Valencia - Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450); CCOL – Burgos - Actividad de Empleados de Fincas Urbanas (BO. Burgos 8 de febrero 2006, LEG 1040); CCOL – Palencia – Comercio del Metal (BO. Palencia 25 de enero 2006, LEG 1351); CCOL – Cantabria - Comercio de Detallistas de Alimentación (BO. Cantabria 17 de enero 2006, LCTB 7); CCOL – Com. Valenciana - Sector Privado de Residencias para la Tercera Edad (DOGV 31 de enero 2006, LCV 62); CCOL – Cataluña - Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos (DOGC 30 de noviembre 2005, LCAT 723); CCOL – Illes Balears – Hostelería (BO. Illes Balears 8 de noviembre 2005, LIB 341); CCOL – Illes Balears – Hostelería (BO. Illes Balears 13 de agosto 2005, LIB 256).

<sup>836</sup> CCOL – Huesca - Convenio Colectivo Oficinas y Despachos (BO. Huesca 13 de junio 2006, LEG 4593); CCOL – Illes Balears - Industrias Vinícolas (BO. 1 de junio 2006, LIB 189); CCOL – Sevilla - Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan (BO. Sevilla 27 de mayo 2006, LEG 2444); CCOL – Almería - Comercio Textil (BO. 25 de mayo 2006, LEG 4536); CCOL – Murcia - Oficinas y Despachos (BO. Región de Murcia 8 de mayo 2006, LRM 190); CCOL – Estatal - Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26 de abril 2006, RCL 866); CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913); CCOL – Estatal - Aparcamientos y Garajes (BOE 8 de febrero 2006, RCL 247); CCOL – Com. Valenciana - Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada (DOCV 13 de febrero 2006, LCV 81); CCOL – Cádiz - Agencias Marítimas (BO. Cádiz 2 de marzo 2006, LEG 1101); CCOL – Ávila - Industria de la Panadería (BO. Ávila 5 de enero 2006, LEG 1301); CCOL – Cataluña - Establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos (DOGC 30 de noviembre 2005, LCAT 723); CCOL – Sevilla - Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna (BO. Sevilla 21 de octubre 2005, LEG 7652); CCOL – Estatal - Industria de Calzado (BOE 7 de octubre 2005, RCL 1998); CCOL – Barcelona, Lleida y Tarragona - sector de chocolates, bombones, caramelos y chicles (DOGC 7 de octubre 2005, LCAT 622).

Un análisis al respecto en la doctrina, **FERNÁNDEZ PRIETO**. *Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción. Dos supuestos concretos: reducción como medida de reestructuración de plantilla – jubilación parcial anticipada – y reducción por motivos familiares – lactancia y guarda legal o cuidado directo*. ASoc nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1620).

<sup>837</sup> CCOL – Tarragona - cooperativas del campo (DOGC 8 de noviembre 2005, LCAT 677).



El tratamiento que la negociación colectiva dispensa a la reducción de jornada *ex art.* 37.5 TRET no acostumbra a desviarse en exceso de la literalidad de la norma<sup>838</sup>; o bien, se procede a una mera remisión a su articulado<sup>839</sup>. No obstante, en algunos convenios se amplían las facultades del trabajador, por ejemplo, ampliando la edad del menor<sup>840</sup>; o bien, disminuyendo la porción mínima de la jornada que puede reducirse<sup>841</sup>. Y en los supuestos de reducción por cuidado de un familiar, se amplía el ámbito subjetivo, incluyendo a las parejas de hecho<sup>842</sup>.

En otros supuestos se incluye dentro de las facultades modificatorias del trabajador, en el caso de trabajar a turnos, el derecho a fijar el horario en un único turno<sup>843</sup>. También se reconoce al trabajador un salario superior al que le correspondería como consecuencia de la reducción de jornada<sup>844</sup>.

También se establecen algunas reglas procedimentales que tratan de canalizar la facultad reconocida al trabajador, con el fin de posibilitar al empresario una mejor gestión de la

---

<sup>838</sup> Entre otros, CCOL – Principado Asturias – Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); CCOL – Huesca – Oficinas y Despachos (BO. Huesca 13 de junio 2006, LEG 4593); CCOL – Sevilla - Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan (BO. Sevilla 27 de mayo 2006, LEG 2444); CCOL – Valencia - Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450); CCOL – Estatal – Administraciones de Loterías (BOE 4 de mayo 2006, RCL 1448); CCOL – Principado Asturias – Comercio General (BO. Asturias 26 de abril 2006, LPAS 192); CCOL – Madrid - Confección de Guantes de Piel y Similares (BOCM 24 de abril 2006, LCM 274); CCOL – Murcia - Oficinas y Despachos (BO. Murcia 8 de mayo 2006, LRM 190); CCOL – Estatal – Grandes Almacenes (BOE 11 de abril 2006, RCL 873); CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809); CCOL – Castellón y Valencia - Industria de la Marroquinería y afines (DOGV 21 abril 2006, LEG 2873).

<sup>839</sup> Entre otros, CCOL – Extremadura - captación, elevación y distribución de aguas potables y residuales (DO. Extremadura 18 de marzo 2006, LEXT 91); y CCOL – Barcelona - Exhibición cinematográfica, DOGC 25 de enero 2006, LCAT 34); CCOL – Valencia - Laboratorios de Prótesis Dental (BO. Valencia 18 de enero 2006, LEG 973).

<sup>840</sup> A siete años (CCOL – Navarra – Artes Gráficas e Industrias Auxiliares, BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189; CCOL – Palencia - Servicios Sanitarios y Sociosanitarios Privados, BO. Palencia 10 de abril 2006, LEG 3195); a ocho años (CCOL – Estatal – Industria textil y de la confección, BOE 31 de agosto 2005, RCL 1758; CCOL – Málaga - Comercio y Manufactura Vidrio Plano, BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159; CCOL Empresa Comercio de la Madera y Corcho, BO. Navarra 23 de diciembre 2005, LNA 367); a 10 años (CCOL – Estatal - Mediación en Seguros Privados, BOE 8 de junio 2006, RCL 1173; y CCOL – Navarra - Comercio Mixto Mayorista de Productos Químicos y Especialidades Farmacéuticas, BO. Navarra 24 de mayo 2006, LNA 147); y a 12 años (CCOL – Murcia - Personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia (BO. Región de Murcia 20 de mayo 2006, LRM 210) o bien, siempre que “a).- el total de jornadas reducidas no exceda del treinta por ciento de la plantilla de cada Centro de Trabajo; b).- Que dicha situación se mantenga durante un mínimo de seis meses; y c).- Que la reducción sea del 50% de la jornada” (CCOL – Aragón - Limpieza de Centros Sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud, BO. Aragón 23 de enero 2006, LARG 16).

<sup>841</sup> A 1/4 (CCOL – Estatal - mediación en seguros privados, BOE 8 de junio 2006, RCL 1173; y CCOL Industria vinícola de Vilafranca del Penedès, DOGC 4 de abril 2006, LEG 2734); a 1/5 (CCOL – Estatal – Industria textil y de la confección, BOE 31 de agosto 2005, RCL 1758).

<sup>842</sup> CCOL – Estatal – Ferralla (BOE 27 de enero 2006, RCL 142).

<sup>843</sup> CCOL – Navarra – Artes Gráficas e Industrias Auxiliares (BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189).

<sup>844</sup> CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424) establece que (art. 47) si la reducción de jornada por cuidado de un familiar es de un tercio el trabajador tiene derecho a una percepción del 80%, y si es de la mitad a una percepción del 60%. En los supuestos de reducción por guarda legal de un menor de un tercio, el trabajador tiene derecho a una percepción del 100% hasta que el niño tenga un año. Y, en los supuestos de adopción o de acogida permanente o preadoptiva de un niño menor de 3 años, en el caso de reducción de un tercio de la jornada de trabajo, los trabajadores/as tienen derecho a percibir el 100% de las retribuciones durante 16 semanas, contadas a partir de la finalización del permiso de adopción o acogimiento.

situación y del personal. En este sentido, se establece el deber del trabajador de preavisar al empresario su voluntad de reducir la jornada con una cierta antelación<sup>845</sup>.

Ahora bien, en ocasiones, el convenio colectivo procede una descripción más restrictiva de esta facultad de los trabajadores que lo previsto por la norma (lo que resulta de dudosa legalidad). Por ejemplo, a la hora de describir el estado de necesidad del sujeto causante, en ocasiones, se identifica con un estado de incapacidad reconocida<sup>846</sup>. O bien, se excluye anticipadamente la posibilidad de que los dos cónyuges disfruten simultáneamente de esta facultad modificatoria<sup>847</sup>.

---

<sup>845</sup> 15 días de antelación (CCOL – Toledo - Industria de Captación, Elevación, Conducción, Depuración, Tratamiento y Distribución de Aguas Potables y Residuales, BO. Toledo 21 de junio 2006, LEG 2543).

<sup>846</sup> Por ejemplo, el CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424) describe la expresión “no valerse por sí mismo” como la situación de “un o una familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con una incapacidad o disminución reconocida de más del 65%, que depende y requiere una dedicación especial”.

<sup>847</sup> CCOL – Almería - Manipulado y Envasado de Futas, Hortalizas y Flores (BO. Almería 24 de enero 2006, LEG 1340).

### ***1.2.2.- Las víctimas de violencia de género y la modificación sobrevinida de lo pactado.***

Acreditada la condición de víctima de violencia de género<sup>848</sup>, la trabajadora tiene reconocida una facultad para modificar unilateralmente el contenido del contrato<sup>849</sup> y, concretamente, proceder, por un lado, bien a una reducción de la jornada o bien a una reordenación del tiempo de trabajo (art. 21 LOVG); y, por otro lado, a un traslado. Facultades desarrolladas en el apartado 7 del art. 37 y en el art. 40.3 bis TRET. Y que, como ha destacado la doctrina, se trata de unos derechos reconocidos a la trabajadora frente al empresario “sin que pactos individuales o colectivos puedan minorarlo o, mucho menos, sin que la mera conveniencia empresarial baste para rechazar su ejercicio”<sup>850</sup>.

La finalidad perseguida no sólo reside en la voluntad de proteger a la víctima de violencia de género, así como posibilitar que disfrute de su derecho a una asistencia social integral, sino que, además, como fin en sí mismo o como medio para alcanzar los dos objetivos apuntados, lo que se persigue es posibilitar la estabilidad en el empleo (y, así, proveerle de un sustento económico)<sup>851</sup>. Y, desde una perspectiva de dogmática jurídica, se trata sin duda de un

---

<sup>848</sup> Las diversas medidas previstas para atender a una víctima de la violencia de género, establecidas en la LOVG, relacionadas con el trabajo o con la protección social, sólo se activan cuando la *mujer* ya es víctima de la violencia de género. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas*. ASoc nº 4, 2005, versión digital (BIB 2005\1095): “La posibilidad de extender esos u otros beneficios a quienes estén en peligro de sufrir la violencia (anticipando así la protección para evitar que el riesgo se actualice) aparece como deseable, pero tropieza con obstáculos importantes (inseguridad, posibles abusos, etc.)”. No obstante, en algún convenio colectivo se extiende la protección a los trabajadores, CCOL – Castellón - Supermercados y Autoservicios (BO. Castellón 2 de enero 2006, LEG 1323). Por este motivo, debe acreditarse esa condición antes de poder ejercer cualquiera de los derechos que se le reconocen (art. 23 LOVG). *Id.* al respecto, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*. RL 2005 – I, p. 997 a 999. De todos modos, la orden de protección no es el único título habilitante para dar cobertura jurídica a la mujer víctima de violencia de género, sino que también es suficiente el informe del Ministerio Fiscal en el que se dé constancia la existencia de indicios de que la demandante de la referida orden es, efectivamente, víctima de violencia de género. También cabe admitir otros medios de legitimación, debiéndose optar por una interpretación en pro de la trabajadora afectada (piénsese en el supuesto de que la orden de protección haya perdido vigencia). **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*. RTSS – CEF nº 291, 2007, p. 58 y 91. Se trata de derechos que pueden ser ejercitados con independencia del tipo de contrato y de la duración de la jornada de trabajo. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*. RL 2005 – I, p. 483; y, también con independencia del tipo de empresario. **ARIAS DOMÍNGUEZ**, *op. cit.*, p. 87. Es importante tener en cuenta que la LOVG ha supuesto la modificación de ciertas instituciones laborales, reconociéndose a las trabajadoras víctimas de violencia de género varios derechos y que serán analizados con posterioridad. Por lo que lo apuntado ahora es predicable para todas ellas. Un análisis de los planteamientos ideológicos de la LOVG en, **MARTÍN VALVERDE**. *La Ley de Protección Integral contra la violencia de “género”: análisis jurídico e ideológico*. En “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española” (Coord. Casas Baamonde, Durán López y Cruz Villalón). La Ley. Madrid, 2006, p. 435 y ss.

<sup>849</sup> Como afirma **ARAMENDI SÁNCHEZ**, “se trataría de derechos personales que se reconocen a la mujer víctima de violencia. Personales por cuanto su ejercicio y disfrute dependen de su exclusiva voluntad personal y no se encontrarían sometidos, sin perjuicio de su acomodo a los términos establecidos en la ley reguladora, a tutela o autorización de ninguna otra persona, entidad o poder público”. **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. RDS nº 30, 2005, versión digital (TOL 673487), p. 3.

<sup>850</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales, op. cit.* (versión digital).

<sup>851</sup> Para **SERRANO ARGÜESO**, “las víctimas de este tipo de violencia suelen necesitar de ayuda psicológica para superar la situación y tiempo para reorganizar una nueva vida, pero no es tan frecuente disponer de cobertura

supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida directamente anclado al derecho al trabajo *ex art.* 35 CE y, al principio de estabilidad en el empleo<sup>852</sup>. Todo ello se enmarca en la convicción de que con el ejercicio de la actividad laboral se hace efectivo el cumplimiento de los derechos de la mujer ciudadana; prefiriéndose, “constatada la situación de violencia de género, la alteración objetiva, incluso abrupta, de la prestación laboral, que la extinción anticipada del vínculo”<sup>853</sup>. En este contexto, es lógico, por tanto, que uno de los principios rectores de la LOVG sea “garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género” (art. 2.d).

En lo relativo al contenido de los arts. 37.7 y 40.3.bis TRET y a las condiciones exigibles para el reconocimiento de esta facultad modificativa de la trabajadora, la doctrina se ha planteado si la expresión “para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”, constituye un parámetro que obligue a la trabajadora afectada a acreditar (o justificar) que la alteración propuesta responde a alguna de las finalidades apuntadas, a fin de que la empresa pueda proceder a su fiscalización<sup>854</sup>. No obstante, debe entenderse que el TRET no introduce un condicionante objetivo y funcional, sino que debe presumirse que los mismos se cumplen siempre que la trabajadora acredite su condición de víctima de violencia de género<sup>855</sup>.

En lo que concierne al contenido sustantivo de esta posibilidad de modificación unilateral es importante tener en cuenta que el párrafo 2º del art. 37.7 TRET atribuye al

---

económica suficiente para renunciar a parte del salario. Todo ello sin tener que desistir de trabajar, que es más que nunca en este momento su medio de subsistencia y, quizás también el de su familia, si la trabajadora tiene cargas familiares”. **SERRANO ARGÜESO**. *Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas*. ASoc nº 20, 2004, versión digital (BIB 2005\486).

<sup>852</sup> Lo que no cabe duda, siguiendo a ARAMENDI SÁNCHEZ es que “no cabría interpretar la ley como una norma que intentara conciliar los derechos de la víctima en orden a modificar el contenido de su prestación laboral con el derecho del empresario a organizar su empresa, reflejo del derecho constitucional a la propiedad privada”. **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, *op. cit.* (versión digital), p. 4. No obstante, GARCÍA NINET, analizando el derecho al traslado previsto en el art. 40.3.bis TRET, afirma que aunque parezca ser una decisión voluntaria, se trata de una decisión voluntaria forzada por los acontecimientos. **GARCÍA NINET**. *Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*. RTS nº 170, 2005, p. 7.

<sup>853</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, *op. cit.*, p. 67 y 87.

<sup>854</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>855</sup> En términos similares, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, *op. cit.*, p. 1001; y **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, *op. cit.*, p. 90. Para GALA DURÁN, este derecho podrá ejercerse bien cuando la medida resulta conveniente para garantizar la protección de la trabajadora, requiriéndose una orden de protección; o bien, cuando el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social integral de la trabajadora requiera acudir a esta medida. Autora que denuncia que, a pesar de que los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la trabajadora también tienen reconocido el derecho a la asistencia social integral (art. 19 LOVG), no se prevea la posibilidad de ésta de solicitar la alteración del contrato para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social de aquéllos. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, *op. cit.*, p. 484 a 486. Objeción que quedaría superada si se admitiera que basta con la acreditación de la condición de víctima de violencia de género.

convenio colectivo, al acuerdo de empresa o al acuerdo entre el empresario y la trabajadora la posibilidad de regular el contenido de esta facultad. Y, en defecto de todos ellos, dicha facultad se atribuye exclusivamente a la trabajadora afectada<sup>856</sup>. Sin que la posibilidad de que el empresario se oponga a la decisión tomada por la trabajadora (art. 138 bis TRLPL) deba interpretarse como una restricción de este derecho. Es decir, debe entenderse que su decisión es inmediatamente ejecutiva, aunque la norma no lo prevea expresamente<sup>857</sup>. En cambio, el derecho al traslado previsto en el art. 40.3 bis TRET, debe entenderse que se trata de una facultad siempre atribuida a la trabajadora.

No obstante, conforme a la redacción literal del precepto, cabe plantearse hasta qué punto los agentes sociales o incluso el propio trabajador puede disponer de esta facultad legalmente reconocida, especialmente, si se tiene en cuenta que su reconocimiento está configurado en términos muy amplios. A nuestro juicio, siguiendo el planteamiento seguido con respecto al denominado *derecho del consorte*<sup>858</sup>, dada la parquedad de la norma, cabe entender que, en tanto que lo que se pretende es posibilitar la protección de la víctima y/o su asistencia social integral, así como la protección de su empleo, “cuantas limitaciones contractual o paccionadamente restrinjan tal derecho no sólo han de ser interpretadas restrictivamente, sino en el sentido más propio y adecuado a aquella efectividad del precepto legal”<sup>859</sup>.

Como se ha avanzado, la trabajadora víctima de violencia de género está facultada bien reducir su jornada de trabajo (i.-); bien proceder a una reordenación de su tiempo de trabajo (ii.-); o bien a solicitar un traslado (iii.-). Describiendo, en definitiva, una amplia facultad de movilidad interna. Análisis que se complementará con el estudio de su tratamiento en la negociación colectiva (iv.-).

i.- En cuanto a la posibilidad de proceder a la reducción de jornada, el art. 37.7 TRET atribuye esta facultad modificativa en términos absolutamente amplios, sin atender al tipo de

---

<sup>856</sup> Técnica legislativa que ha sido criticada por la doctrina, especialmente porque en los otros supuestos en los que se ha reconocido un derecho al trabajador no se ha previsto nada parecido. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital); y **SERRANO ARGÜESO**. *Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas*, op. cit. (versión digital). Para **ARAMENDI SÁNCHEZ**, de este modo queda muy limitada la efectividad de la voluntad originaria del propio legislador pues pudiera ocurrir que lo previsto en convenio no fuera eficaz para dotar a la víctima de bastante protección. **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, op. cit. (versión digital), p. 7. Además, como expone **GALA DURÁN**, no se establece un orden de prevalencia expreso entre el convenio, el acuerdo de empresa y el acuerdo entre empresa y trabajadora. También debe criticarse la compleja procedimentalización que establece la norma para el ejercicio de este derecho, circunstancia especialmente grave, atendiendo a la situación crítica en la que se encuentran las trabajadoras víctimas de violencia de género. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 487 y 488.

<sup>857</sup> Abogando por la idoneidad de la inmediata ejecutividad de la decisión de la trabajadora, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, op. cit., p. 1002.

<sup>858</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>859</sup> STSJ Cataluña 11 de febrero 1992 (AS 803), cit. **ORTIZ LALLANA**. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 63. Para **GALA DURÁN**, hubiera sido deseable que la norma hubiera establecido ciertos parámetros mínimos. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 487.

contrato de la víctima: temporal o indefinido, a jornada completa o parcial. Por otra parte, no debe entenderse que la reducción de la jornada comporte una mutación de la naturaleza del contrato, pues, debe presumirse que la reducción es transitoria y específica<sup>860</sup>.

A diferencia de los otros supuestos de reducción de jornada a instancia del trabajador, no se establece límite alguno. Es decir, la trabajadora en principio tiene plena libertad para concretar el número de horas que pretende reducir su jornada, el tiempo que debe durar esta situación (siempre y cuando, claro está, persista la situación que ha motivado el ejercicio de esta facultad)<sup>861</sup>; y para decidir cuándo desea volver a la situación original<sup>862</sup>.

No obstante, pueden identificarse ciertos límites. En primer lugar, el ejercicio del derecho ha de estar presidido por la buena fe y no resultar excesivamente perjudicial para el empresario<sup>863</sup>. En segundo lugar, si la finalidad de la reducción es disfrutar de la asistencia social integral, podría exigirse una correspondencia entre la duración de la misma y la reducción de jornada que pretende la víctima. Con ella, se trataría de compaginar los intereses de las partes afectadas.

Ahora bien, si lo que se pretende es la protección de la víctima, es difícil imaginar cómo por vía del convenio colectivo o de un acuerdo de empresa (*ex* párrafo 2º, art. 37.7 TRET) podrá estipularse el límite cuantitativo de la reducción de jornada idóneo para adaptarse a las múltiples situaciones que puedan plantearse y a atender a las necesidades de la trabajadora afectada o bien el período de tiempo durante el cual debe prolongarse<sup>864</sup>.

Por otra parte, en tanto que el art. 37.7.2º TRET se remite, en lo relativo al ejercicio de esta facultad (“la concreción de estos derechos”), a lo previsto en el art. 37.6 TRET, debe entenderse aplicables las limitaciones allí previstas. Esto es, debe actuar conforme a su horario y preavisar con una antelación de 15 días la reincorporación a su jornada ordinaria.

---

<sup>860</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital). En contra, **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, *op. cit.* (versión digital), p. 6; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La dimensión laboral de la violencia de género*. Bomarzo. Albacete, 2005, p. 51; y **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>861</sup> *Cfr.* **BLASCO PELLICER**. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*. 2005. Versión digital ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL 573798), p. 4; **QUINTANILLA NAVARRO**. *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*. TL nº 80, 2005, p. 40; y **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, *op. cit.*, p. 93. No obstante, un sector de la doctrina estima que el reconocimiento de este derecho está limitado a las formas de ordenación del tiempo de trabajo que ya se utilicen en la empresa, debiéndose descartar que el empresario tenga la obligación de poner en marcha este tipo de fórmulas si no las tenía implantadas con anterioridad. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, *op. cit.*, p. 486. Compartiendo este criterio, **ARIAS DOMÍNGUEZ**, *op. cit.*, p. 93.

<sup>862</sup> Ante el silencio de la norma, la doctrina entiende que es exigible, por lo menos, un plazo de preaviso de 15 días. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, *op. cit.*, p. 93 y 94.

<sup>863</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>864</sup> Una crítica en términos similares en, **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, *op. cit.* (versión digital), p. 7.

Por otra parte, debe entenderse que la reducción de jornada debe ir acompañada de la reducción proporcional del salario<sup>865</sup>.

ii.- En lo relativo a la posibilidad de proceder a una reordenación del tiempo de trabajo, el art. 37.7 TRET enuncia, con carácter ejemplificativo, tres posibles opciones: puede proceder a la “adaptación del horario”<sup>866</sup>; realizar una aplicación del horario flexible<sup>867</sup>; o bien, en función del funcionamiento de la empresa, llevar a cabo “otras formas de ordenación del tiempo de trabajo”<sup>868</sup>.

En el caso de que la empresa se opusiera a la propuesta de la trabajadora, conforme al párrafo 2º del art. 37.7 TRET, cabe acudir a los mecanismos para solventar las discrepancias previsto en el art. 37.6 TRET, esto es, acudir al procedimiento previsto en el art. 138.bis TRLPL, teniendo en cuenta que, al igual que en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de un menor, debe hacerse recaer sobre la empresa la obligación de acreditar que sería muy gravoso atender a la solicitud de la trabajadora. Perjuicio que debe ser manifiesto, evidente y concreto<sup>869</sup>.

Un aspecto discutido es si la trabajadora tiene la posibilidad de proceder a la modificación *funcional* del contenido del contrato. Un sector entiende que pese a tratarse de una medida que puede ajustarse a los objetivos de la Ley, lo cierto es que se trata de una facultad modificatoria que al no estar expresamente recogida en la norma debe interpretarse restrictivamente, pues, supone una alteración de la regla *pacta sunt servanda* (a no ser que las

---

<sup>865</sup> **BLASCO PELLICER.** *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, op. cit. (versión digital), p. 4; y **ARAMENDI SÁNCHEZ.** *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, op. cit. (versión digital), p. 6. Lo que, por otra parte, suscita la duda respecto de qué posibilidades tiene la trabajadora para incrementar la jornada o bien para reincorporarse a su jornada laboral a tiempo completo. En este sentido, ARAMENDI SÁNCHEZ entiende que dado el silencio de la norma, la trabajadora tiene plena capacidad para determinar estos aspectos, aunque teniendo en cuenta los perjuicios que esto pudiera acarrear para el empresario, sería deseable que a través de la negociación colectiva se especificaran estas cuestiones (p. 6).

<sup>866</sup> La norma habilita a la trabajadora para que pueda modificar la distribución de la jornada, como por ejemplo, cambios en las horas de entrada o salida del trabajo (algunos días o todos), o bien eventuales pausas, permanentes o cambiantes. **SEMPERE NAVARRO.** *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital).

<sup>867</sup> Mediante este mecanismo lo que se pretende es que el trabajador concrete el comienzo y fin de su actividad (respetando la duración de la jornada).

<sup>868</sup> La doctrina ha criticado la sistemática empleada por el legislador, pues, hubiera sido más correcto que se hubiera ubicado en el art. 34 TRET. **ARAMENDI SÁNCHEZ.** *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, op. cit. (versión digital), p. 6. A diferencia de las otras dos posibilidades de reordenación, en las que las posibilidades de modificación gravitan alrededor de la actividad de la víctima, en esta ocasión, la norma tiene en cuenta el funcionamiento de la empresa en la que la que presta su actividad, aunque debe entenderse en términos ciertamente amplios (por tanto, atendiendo al sistema de producción por turnos, posibilidad de alternar actividad presencial con teletrabajo, fragmentación de las vacaciones, modificación de los días de descanso semanal, etc.). **SEMPERE NAVARRO.** *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Para BLASCO PELLICER no puede hablarse de un derecho incondicionado en todo caso, pues, en las empresas de pequeñas dimensiones las posibilidades de adaptación individual del horario pueden resultar sumamente difíciles de gestionar. **BLASCO PELLICER.** *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, op. cit. (versión digital), p. 4.

<sup>869</sup> **SEMPERE NAVARRO.** *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Mostrando su escepticismo a que en la práctica se emplee efectivamente este cauce, **GALA DURÁN.** *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 488.

partes o el convenio colectivo especifiquen otra cosa, claro está). Motivo por el que no puede afirmarse que la trabajadora ostente un “derecho” a este tipo de modificación<sup>870</sup>.

iii.- El art. 40.3.bis TRET reconoce a la trabajadora víctima de violencia de género que “se vea obligada” a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo<sup>871</sup>.

Al igual que en el supuesto de traslado del consorte, este precepto no sólo está describiendo una medida de protección y asistencia a la trabajadora afectada sino, también, una medida de protección del empleo, esto es, de medidas dirigidas a permitir que *pese a las circunstancias sobrevenidas* la trabajadora no opte por desistir del contrato.

Aunque el art. 40.3.bis TRET habla del reconocimiento de un derecho preferente, a nuestro entender, se trata de una facultad modificatoria unilateral reconocida a las trabajadoras afectadas por estas situaciones y que pueden imponer al empresario<sup>872</sup>.

Partiendo de la base de que el art. 40 TRET define a la movilidad geográfica como una situación que comporta el cambio de residencia, entendiéndose que de no ser así, constituye una manifestación del poder de dirección del empresario, el art. 40.3.bis TRET parece tratar indistintamente ambas posibilidades, pues, faculta a la trabajadora afectada a solicitar el cambio a cualquier otro de los centros de trabajo de la empresa, sin mencionar la necesidad de que concurra un cambio de residencia<sup>873</sup>. De hecho el art. 21 LOVG a la hora de enumerar los derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género habla de traslado y de cambio de

---

<sup>870</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La dimensión laboral de la violencia de género*, op. cit., p. 44 y 45. Por su parte, ARIAS DOMÍNGUEZ entiende que el hecho de que no se mencione expresamente no significa que esté vedado su uso, pudiéndose admitir su utilización siempre que se obtenga la anuencia empresarial. ARIAS DOMÍNGUEZ. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 89.

<sup>871</sup> Pasaje que, como se sabe, ha sido introducido por la D.Ad. 7ª de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>872</sup> BLASCO PELLICER entiende que a diferencia de otros supuestos de movilidad geográfica a iniciativa del trabajador, concretamente por reagrupamiento familiar, aquí la ley establece un derecho preferente y no un simple derecho. BLASCO PELLICER. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, op. cit. (versión digital), p. 5. En términos similares, en base a la importancia del bien jurídico protegido, LOUSADA AROCHENA. *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*. AL 2005 – I, p. 751 y 752. Y GALA DURÁN afirma que el empresario no puede negarse a la petición de la trabajadora. GALA DURÁN. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 489.

<sup>873</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). En términos similares, ARAMENDI SÁNCHEZ. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, op. cit. (versión digital), p. 8. Para GARCÍA MURCIA, el supuesto de traslado previsto en el art. 40.3.bis TRET desborda claramente el radio de acción habitual del art. 40 TRET, porque “no parece requerir en sentido estricto cambio de domicilio sino únicamente la necesidad o conveniencia (a juicio de las instancias competentes) de que la trabajadora abandone ‘el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios’ para trabajar en otro centro de trabajo, aunque ello normalmente aconseje también el cambio de lugar de residencia”. GARCÍA MURCIA. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 88. En términos similares, GARCÍA NINET. *Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, op. cit., p. 7; BLASCO PELLICER. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, op. cit. (versión digital), p. 6; y GALA DURÁN. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 489.



centro de trabajo como dos instituciones diferenciadas. Diferenciación que posteriormente el art. 40.3.bis 'TRET' no recoge.

El ejercicio de esta facultad esta condicionada a la concurrencia de tres requisitos: en primer lugar, la mujer debe poder acreditar que es víctima de violencia de género. En segundo lugar, que la empresa tenga otros centros de trabajo. Y, tercero, debe existir una vacante en alguno de ellos. Respecto del primer elemento, pese a que la norma vincula el traslado a la necesidad (“se vea obligada”) de proteger a la propia trabajadora o bien a posibilitar el ejercicio de su derecho a la asistencia social integral y, por tanto, pudiera entenderse que la trabajadora debe demostrar objetivamente la necesidad del cambio que propone, la doctrina ha afirmado que “basta que una trabajadora sea víctima de violencia de género para que surja su derecho”, es decir, “además de contar con una orden de protección, no es razonable que la trabajadora haya de demostrar que se ve ‘obligada’ a dejar de trabajar por una razón más concreta”. Por consiguiente, el nexo causal se presume, y quien sostenga lo contrario debe demostrar el uso desviado o abusivo del beneficio concedido a la trabajadora<sup>874</sup>.

En cuanto a la existencia de centros de trabajo, la norma no especifica si esta facultad se reconoce si la vacante se produce en cualquier centro de trabajo de la empresa, o bien, sólo en aquellas en las que efectivamente conlleven un cambio de residencia de la trabajadora. Siguiendo la exposición de SEMPERE NAVARRO, a favor de esta segunda opción, puede argumentarse la ubicación de dicha norma en el art. 40 'TRET', así como el hecho de que el art. 40.3.bis 'TRET' habla de abandonar el puesto de trabajo en “la localidad donde venía prestando sus servicios”<sup>875</sup>. Sin embargo, en tanto que la norma habla de “cualquier centro de trabajo de la empresa” y que con ello se posibilita una mejor atención a la persona afectada, parece más lógico defender una interpretación amplia del precepto, y entender que el cambio de centro puede operar con independencia de si comporta o no un cambio de residencia<sup>876</sup>.

En lo concerniente a la existencia de vacante, la empresa está obligada a comunicar a la trabajadora las existentes en el momento de la solicitud, o bien, las que se pudieran producir en el futuro (párrafo 2º del art. 40.3.bis 'TRET')<sup>877</sup>. Obligación ésta última que parece que deberá

---

<sup>874</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). En términos similares, LOUSADA AROCHENA. *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, op. cit., p. 751; y DE LA PUEBLA PINILLA. *Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, op. cit., p. 1001.

<sup>875</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital).

<sup>876</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Sin que, como apunta el citado autor, la empresa esté obligada al abono de compensación económica alguna ni a sufragar los costes que se deriven de la misma. Compartiendo este criterio, GALA DURÁN. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 490; y ARIAS DOMÍNGUEZ. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 100, 107 y 108.

<sup>877</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, que cita a SEMPERE NAVARRO, aboga por una interpretación flexible del término “vacante” en aras a reconocer un margen de maniobra mayor al empresario y, así, posibilitar el ejercicio de este derecho de la

permanecer indefinidamente, especialmente, si el motivo que ha impulsado el traslado de la trabajadora es la de garantizar su seguridad (aunque también debería reconocerse la posibilidad de que no fuera permanente)<sup>878</sup>. Por otra parte, la trabajadora no está obligada a aceptar la vacante propuesta por la empresa (“del mismo grupo profesional o categoría equivalente”), pudiendo rechazarlas a la espera de otra que le satisfaga más<sup>879</sup>. En cuanto al hecho de que la norma reconozca a la trabajadora un derecho preferente, la doctrina ha criticado su falta de concreción, planteándose la duda respecto de quién tiene dicha preferencia<sup>880</sup>. En este sentido, en principio, parece que lo más idóneo es reconocer la preferencia a estas trabajadoras respecto de otros trabajadores que la tengan reconocida, pues, la especial situación en la que se encuentran así lo aconseja<sup>881</sup>.

iv.- Atendiendo a los convenios colectivos consultados, el tratamiento de las facultades atribuidas a las víctimas de violencia de género, no está siendo, por el momento, muy generalizado<sup>882</sup>. Son muy pocos los que optan por mejorar o complementar lo previsto en la normativa<sup>883</sup>.

Así, cuando se refiere a la facultad de alterar la jornada o el horario, es bastante frecuente que el convenio se limite a reproducir el contenido de la ley, sin emplear la facultad reconocida en el art. 37.7.2º TRET<sup>884</sup>; o, simplemente, haciendo una remisión a lo que

---

trabajadora. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 103.

<sup>878</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 103 y 104.

<sup>879</sup> Finalmente, una vez producido, el cambio de destino tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, en cuyo caso, decae la mencionada obligación de reserva (párrafos 3º y 4º art. 40.3.bis TRET). Período de tiempo absolutamente criticable por cuanto puede resultar insuficiente y, además, no prevé su posible adaptación a las circunstancias personales de la trabajadora. **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 490.

<sup>880</sup> Por ejemplo, respecto del derecho del consorte (art. 40.3 TRET).

<sup>881</sup> **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 490. Optando por el reconocimiento de la prioridad absoluta a los “inválidos recuperados” ex decreto 1451/1983, **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 104.

<sup>882</sup> A pesar de que, como ha destacado la doctrina, se trata de una herramienta importante para la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo. **FERRADANS CARAMÉS**. *Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva*. RDS nº 32, 2005, p. 105. Autora que en 2005 apunta que el balance del papel de la negociación colectiva al respecto no puede entenderse como muy significativo (p. 118). Idea que se reitera en el estudio de **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 72 y ss.

<sup>883</sup> *Vid.* al respecto, **KAHALE CARRILLO**. *El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos*. ASoc nº 14, 2007, versión digital (BIB 2007\1777).

<sup>884</sup> CCOL – Asturias – Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); CCOL – Valencia – Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450); CCOL – Estatal – Grandes Almacenes (BOE 27 de abril 2006, RCL 873); CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424); CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809); CCOL – Comunidad Valenciana - Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada (DOGV 13 de febrero 2006, LCV 81); CCOL – Castellón - Supermercados y Autoservicios (BO. Castellón 2 de enero 2006, LEG 1323); CCOL – Sevilla - Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna

establece la legislación vigente<sup>885</sup>. En otros casos, en cambio, se trata de acotar la facultad reconocida a la víctima<sup>886</sup>; o bien, se reconoce la plena libertad de la trabajadora para determinar la intensidad de la reducción así como para elegir el horario que más le convenga<sup>887</sup>.

Y, en lo relativo a la facultad de traslado, cuando se produce, es bastante común que se proceda a la reproducción literal del contenido de la ley<sup>888</sup>; o, bien, simplemente remitiéndose al contenido de la legislación vigente<sup>889</sup>.

---

(BO. Sevilla 21 de octubre 2005, LEG 7652), CCOL – Estatal – Contratas Ferroviarias (BOE 21 de septiembre 2005, RC L 1981); CCOL – Estatal – Industria textil y de la confección (BOE 31 de agosto 2005, RCL 1758); CCOL – Estatal - comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería (BOE 22 de julio 2005, RCL 1543).

<sup>885</sup> CCOL – Toledo - Mazapán, Masas Fritas, Confiterías y Chocolates (BO. Toledo 26 de mayo 2006, LEG 2448); CCOL – Estatal - Distribuidores de productos farmacéuticos (BOE 27 de diciembre 2005, RCL 2006\90); CCOL – Estatal - Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 18 de enero 2006, RCL 91); CCOL – Castellón - Industrias de Distribución de Gases Licuados del Petróleo (BO. Castellón 10 de septiembre 2005, LEG 6613); CCOL – Valencia - Garajes, Aparcamientos, Servicios de Lavado y Engrase y Autoestaciones (BO. Valencia 16 de agosto 2005, LEG 3762); CCOL – Burgos - Actividad de Transportes por Carretera, Garajes y Aparcamientos (Bo. Burgos 12 de agosto 2005, LEG 3782).

<sup>886</sup> Por ejemplo, el CCOL - Toledo – Alimentación (BO. Toledo 1 de junio 2006, LEG 2472) establece – art. 60 - que “la trabajadora víctima de violencia de género tendrá una reducción de jornada. La reducción será de forma interrumpida o continuada, siendo facultad del trabajador la elección de que, la reducción se lleve a efecto bien en la jornada de mañana o bien en la jornada de tarde”.

El art. 43 del CCOL – Guipúzcoa - Residencias de Personas Mayores (BO. Guipúzcoa 3 de febrero 2006, LEG 258), establece que “La persona víctima de violencia de género podrá optar, a los efectos de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integrada, a la reducción de su jornada consignada en contrato de trabajo, entre al menos 1/3 y un máximo de la mitad de su duración con la consiguiente disminución proporcional del salario. El periodo de reducción de jornada tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que las actuaciones de tutela judicial resultasen que la efectividad del derecho de protección de la víctima, y en todo caso a opción de ésta, requiriese la continuidad de la reducción. En cualquier caso, una vez finalizadas las actuaciones de tutela, la víctima deberá ser reintegrada a su puesto de trabajo en las mismas condiciones laborales anteriores”.

Y el art. 27 CCOL – La Rioja – Personal Laboral de la Administración Pública de la Comunidad de La Rioja (BO. La Rioja 4 de agosto 2005, LLR 186) establece que “las trabajadoras víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada en un tercio o un medio con reducción proporcional de sus retribuciones”.

<sup>887</sup> CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913).

<sup>888</sup> CCOL – Asturias – Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809); CCOL – Valencia – Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450); CCOL – Estatal – Grandes Almacenes (BOE 27 de abril 2006, RCL 873); CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424); CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913); CCOL – Comunidad Valenciana - Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada (DOGV 13 de febrero 2006, LCV 81); CCOL – Castellón - Supermercados y Autoservicios (BO. Castellón 2 de enero 2006, LEG 1323); CCOL – Guipúzcoa - Residencias de Personas Mayores (BO. Guipúzcoa 3 de febrero 2006, LEG 258); Acuerdo Marco – Estatal – Empresas limpieza Edificios y Locales (BOE 14 de septiembre 2005, RCL 1819); CCOL – La Rioja – Personal Laboral de la Administración Pública de la Comunidad de La Rioja (BO. La Rioja 4 de agosto 2005, LLR 186); CCOL – Estatal - comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería (BOE 22 de julio 2005, RCL 1543).

<sup>889</sup> CCOL – Toledo - Mazapán, Masas Fritas, Confiterías y Chocolates (BO. Toledo 26 de mayo 2006, LEG 2448); CCOL – Cataluña - Comercio de cristal, loza, cerámica y similares (DOGC 16 de mayo 2006, LCAT 403); CCOL – Estatal - Distribuidores de productos farmacéuticos (BOE 27 de diciembre 2005, RCL 2006\90); CCOL – Estatal - Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 18 de enero 2006, RCL 91); CCOL – Castellón - Industrias de Distribución de Gases Licuados del Petróleo (BO. Castellón 10 de septiembre 2005, LEG 6613); CCOL – Valencia - Garajes, Aparcamientos, Servicios de Lavado y Engrase y Autoestaciones (BO. Valencia 16 de agosto 2005, LEG 3762); CCOL – Burgos - Actividad de Transportes por Carretera, Garajes y Aparcamientos (BO. Burgos 12 de agosto 2005, LEG 3782).

### 1.2.3.- *El derecho de traslado del consorte.*

Como se sabe, el art. 40.3 TRET establece que ‘si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo’<sup>890</sup>. Sin duda, se trata de una facultad modificatoria unilateral reconocida al trabajador cuyo consorte ha sido trasladado forzosamente. El objetivo perseguido no sólo consiste, siguiendo a SERRANO OLIVARES<sup>891</sup>, en facilitar la continuidad de la convivencia familiar y proteger a los trabajadores con responsabilidades familiares permitiéndoles conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares, sino principalmente - aunque resulte obvio, conviene remarcarlo - propiciar la estabilidad en el empleo, ante un cambio sobrevenido de las circunstancias. Lo que, desde un punto de vista dogmático, no cabe duda que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

Como se ha apuntado se trata de una facultad modificatoria unilateral reconocida al trabajador. Por consiguiente, la discusión no puede plantearse en términos de reconocimiento o no de un derecho preferente (como se preveía en la LRL’76) y los conflictos que pudieran derivarse por la colisión con otros derechos reconocidos a otros trabajadores<sup>892</sup>, pues, se trata de una facultad modificatoria reconocida al trabajador, que puede imponerla unilateralmente al empresario, siempre y cuando concurren las condiciones legalmente previstas.

Desde una perspectiva constitucional podría plantearse si esta facultad reconocida al trabajador pudiera resultar contraria al principio de igualdad y no discriminación. La STC nº 191, 14 de octubre 1991<sup>893</sup>, pese a que se enjuicia la constitucionalidad del art. 114.3 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, según la redacción dada por la Orden Ministerial 5 de abril 1986<sup>894</sup>, ha admitido la legalidad de dicha preferencia, sin que pueda entenderse la vulneración del principio de igualdad, pues, este trato diferenciado responde a una justificación objetiva, razonable y proporcionada<sup>895</sup>. La cuestión que queda por dilucidar es si cabe extender esta protección a otro tipo de familias que

---

<sup>890</sup> Regulación que sigue el planteamiento marcado por el Convenio nº 156 de la OIT, de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por España, y complementado por la Recomendación nº 165, de 1981, del mismo título.

<sup>891</sup> Recogiendo el planteamiento de las SSTSJ Cataluña 11 de febrero 1992 (AS 803); y 13 de octubre 1995 (AS 3985); y La Rioja 5 de diciembre 1995 (As 4603). SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 152.

<sup>892</sup> ROJAS RIVERO. *Traslado y desplazamiento de trabajadores*, op. cit., p. 128.

<sup>893</sup> RTC 192.

<sup>894</sup> Cuyo tenor literal reza así: “El personal sujeto a este Estatuto tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que venga desempeñando, si existiera plaza vacante en la localidad en que resida su cónyuge. Este derecho se podrá ejercitar con ocasión de provisión de vacantes, permaneciendo en situación de expectativa de destino hasta que se pueda ocupar la plaza correspondiente”.

<sup>895</sup> Vid. un análisis al respecto, SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 164 y 165.

no tengan un origen matrimonial o, en otros términos, si este trato diferenciado puede entenderse como atentatorio al principio de igualdad y no discriminación<sup>896</sup>.

En términos generales, en tanto que se trata de un derecho dirigido a posibilitar la estabilidad en el empleo (o, mejor dicho, a evitar el abandono o el desistimiento), el reagrupamiento y el mantenimiento de la continuidad de la convivencia, “sin otro ni más condicionamiento que la existencia de vacante para poder ser ocupada, cuantas limitaciones contractual o paccionadamente restrinjan tal derecho no sólo han de ser interpretadas restrictivamente, sino en el sentido más propio y adecuado a aquella efectividad del precepto legal”<sup>897</sup>.

La ley condiciona el reconocimiento de esta facultad a la concurrencia de los siguientes elementos: (1.-) traslado de un trabajador; (2.-) que los trabajadores estén unidos matrimonialmente; (3.-) que el cónyuge del trabajador trasladado pertenezca a la misma empresa; (4.-) que el lugar de destino se sitúe en la misma localidad; (5.-) que haya una vacante; y (6.-) que no haya otros trabajadores con un “mejor” derecho

1.- En la medida en que el artículo 40.3 TRET habla simplemente de “traslados”, se entiende que esta facultad debe reconocerse en todo tipo de traslados, esto es, tanto en los forzosos como en los voluntarios, pese a que el art. 40 TRET se refiera a los traslados forzosos<sup>898</sup>. Así lo han entendido los Tribunales argumentando en base el principio interpretativo general *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus*<sup>899</sup>. Aunque la doctrina judicial más reciente parece abogar por una interpretación más restrictiva<sup>900</sup>.

Por otra parte, pese a que la ley habla sólo de “traslados”, un sector de la doctrina ha defendido la posibilidad de extenderlo a los “desplazamientos” del cónyuge<sup>901</sup>.

2.- El derecho se atribuye a ambos cónyuges. En tanto que el ejercicio de esta facultad no se supedita a plazo de caducidad alguno, debe entenderse que una vez legalizada la convivencia mediante al matrimonio, aun con posterioridad al traslado que da origen al

---

<sup>896</sup> Para SERRANO OLIVARES, en tanto que la convivencia común (vida marital en una vivienda común) es una exigencia que se deriva de la celebración del matrimonio (art. 68 CC) - y que no se exige en las uniones extramatrimoniales -, en tanto que se considere que “el derecho del consorte trata de posibilitar el cumplimiento de dicha obligación por parte de los sujetos jurídicamente obligados – los cónyuges – la existencia de vínculo matrimonial constituye un parámetro objetivo y razonable para la diferencia de trato”. SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 165 y 166.

<sup>897</sup> STSJ Cataluña 11 de febrero 1992 (AS 803), cit. ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 63.

<sup>898</sup> SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 111; y ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 63.

<sup>899</sup> SSTCT 4 de junio 1984 (Ar. 5002) y 28 de marzo 1988 (Ar. 2100), cit. SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 111; y ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 63.

<sup>900</sup> STSJ Cataluña 24 de enero 2006 (JUR 84260).

<sup>901</sup> SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 110. En contra, ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., nota 142, p. 62; y SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 162.

derecho, pueda ejercitarse este último<sup>902</sup>; y durante todo el tiempo que dure la separación<sup>903</sup>, sin que la tardanza en ejercerlo deba calificarse como una aceptación tácita de la situación<sup>904</sup>.

3.- También se exige que el cónyuge solicitante del traslado sea trabajador de la misma empresa<sup>905</sup>. La doctrina ha afirmado que esta facultad debe reconocerse también en un supuesto en el que un trabajador sea contratado por la misma empresa de su cónyuge con posterioridad al traslado<sup>906</sup>.

4.- La ley condiciona el traslado a la existencia de puesto de trabajo en la localidad donde se trasladó al cónyuge. En tanto que se emplea el término “localidad” y no de “centro de trabajo”, siguiendo a SALA FRANCO, debe admitirse que el trabajador puede ejercerla si existiera un puesto vacante en otro centro de la misma localidad. E, incluso, como afirma el propio autor, podría defenderse la existencia de tal derecho a un puesto de trabajo en un centro situado en otra localidad distinta pero más cercana al actual centro de trabajo del cónyuge trasladado<sup>907</sup>.

5.- En lo concerniente a lo que debe entenderse por el término “puesto de trabajo” ha sido interpretado en términos ciertamente amplios, sin exigirse que se trate de un puesto de trabajo igual o similar al que viniera desempeñando el trabajador, admitiéndose incluso que sea de inferior categoría<sup>908</sup>.

6.- Ante una situación de vacantes limitada, la posibilidad de que existan otros trabajadores con derechos similares (por ejemplo, mujeres víctimas de violencia de género), plantea un conflicto a la hora de determinar quién ostenta un mejor derecho. Ante la falta de criterios, somos partidarios – como ya se ha expuesto – de atribuir esta preferencia a las mujeres víctimas de violencia de género.

Finalmente, no es infrecuente que la negociación colectiva preste atención a este supuesto de traslado a instancia del trabajador, ampliando las causas que lo posibilitan

---

<sup>902</sup> SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 110 y 111.

<sup>903</sup> STCT 14 de noviembre 1988 (Ar. 7106) cit. ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 63 y 64.

<sup>904</sup> STSJ País Vasco 16 de septiembre 1992 (AS 4208) cit. ORTIZ LALLANA. *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 64.

<sup>905</sup> Circunstancia que ha sido criticada por la doctrina, pues, limita considerablemente el alcance de esta medida de protección del empleo y de la familia. SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 163.

<sup>906</sup> SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 111.

<sup>907</sup> SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 111.

<sup>908</sup> STSJ Castilla La Mancha 15 de junio 1992 (AS 3259); y Cataluña 13 de octubre 1995 (AS 3985). En contra, abogando por una interpretación restrictiva en aras “de la seguridad jurídica y para no perjudicar la organización y estructura empresarial”. STSJ La Rioja 5 de diciembre 1995 (AS 4603). *Vid.* al respecto, SERRANO OLIVARES. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, op. cit., p. 162 y 163; y SALA FRANCO. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 110 y 111.

(especialmente, para la atención de determinados familiares) y para concretar ciertos aspectos del procedimiento<sup>909</sup>.

---

<sup>909</sup> CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809), Traslado por causas justificadas: Tendrá la consideración de traslado por causas justificadas aquel traslado solicitado cuando se den alguna de las causas que a continuación se relacionan: a) La enfermedad grave o crónica del trabajador o de los familiares a su cargo, cuando el cambio de residencia derivado del traslado coadyuve a la mejoría de la enfermedad, expresamente acreditado por certificado médico oficial, emitido por la Seguridad Social; b) Cuando haya sido objeto de traslado forzoso el cónyuge o pareja de convivencia, debidamente acreditado; c) Cuando haya sido objeto de traslado el cónyuge o pareja de convivencia a otro Centro de trabajo de Aena; d) Cuando, por separación o divorcio o fallecimiento del cónyuge, el trabajador con hijos a su cargo precise trasladarse a otra localidad a efectos de mantener la unidad familiar; e) Cuando lo solicite una trabajadora víctima de violencia de género, en virtud de lo establecido en la LO 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El traslado o el cambio de centro de trabajo del artículo 40.3bis del Estatuto de los Trabajadores, tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva; f) La no existencia de plazas en el centro de destino no será motivo de denegación del traslado cuando éste se encuentre debidamente justificado”.

También el CCOL – Estatal – Entrega Domiciliaria (BOE 12 de marzo 2004, RCL 663) establece que “Los trabajadores podrán solicitar el traslado por interés particular a otros centros de trabajo de la empresa para cubrir puestos de idéntica categoría debiendo concederlo con ocasión de la primera vacante en los siguientes casos: a) Enfermedad grave o crónica del trabajador o de los familiares a su cargo cuando el cambio de residencia derivado del traslado coadyuve a la mejoría de la enfermedad, expresamente acreditado por certificado médico oficial emitido por la Seguridad Social; b) Cuando el trabajador acredite el traslado forzoso del cónyuge a otra población; c) Cuando por separación o divorcio, o fallecimiento del cónyuge el trabajador con hijos a cargo precise desplazarse a otra localidad a efectos de mantener la unidad familiar”.

#### ***1.2.4.- La modificación motivada por la formación profesional.***

Analizadas las facultades de modificación atribuidas a los trabajadores en situaciones vinculadas con determinadas necesidades familiares y las atribuidas a las víctimas de violencia de género, a continuación, se procederá al estudio de las vinculadas con la formación profesional del trabajador. La formación profesional del trabajador está íntimamente ligada a la promoción profesional que, como se sabe, es una obligación que incumbe al empresario (art. 4.2.b TRET)<sup>910</sup>. A nuestro entender, se trata de un derecho derivado de los arts. 27 y 35 CE<sup>911</sup>. En virtud de este derecho legal del trabajador, se le reconoce la facultad para “adaptar la jornada ordinaria de trabajo” y a “elegir turno de trabajo”.

Sin duda, los apartados a) y b) del art. 23.1 TRET reconocen auténticos derechos subjetivos, sin que sea preciso su desarrollo convencional para su reconocimiento<sup>912</sup>. Consideramos que son supuestos modificatorios que encajan dogmáticamente con la lógica de la excesiva onerosidad sobrevenida en los términos descritos en este estudio.

Se trata de dos supuestos con una escasa regulación legal, adquiriendo especial relevancia lo que pueda pactarse individualmente o bien lo que se prevea en la negociación colectiva (a quien expresamente se remite el último párrafo del art. 23 TRET, para “regular los términos del ejercicio de estos derechos”)<sup>913</sup>. Y lo cierto es que el régimen jurídico de estos supuestos modificatorios brilla por su ausencia. Los pocos aspectos a los que hace referencia el art. 23 TRET son los siguientes:

En cuanto a la primera medida citada (“adaptación de la jornada” – apartado 1.b del art. 23 TRET), es preciso que el trabajador asista a “cursos de formación profesional”. Respecto del sentido de la expresión “adaptación de jornada”, la doctrina entiende que es “una

---

<sup>910</sup> Cuyo precedente inmediato es el art. 9 LRL<sup>76</sup>.

<sup>911</sup> En términos similares, **CAMPS RUIZ**. *Promoción profesional en la empresa*. AL 1994 – I, p. 99; y **MERINO SENOVILLA y ROMÁN DE LA TORRE**. *El tratamiento de la formación profesional del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores en los convenios colectivos*. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 1283/2001). No obstante, para un sector de la doctrina, se afirma que “no parece (...) que se trate de una recepción directa del derecho reconocido igualmente en la Constitución a la promoción ‘a través del trabajo’ (art. 35 de la Constitución), por cuanto no sólo no hay garantía alguna en el ET de que del ejercicio de los derechos que comentamos ahora se derive una promoción en el trabajo, sino que, además de producirse ésta en virtud de otras fuentes – así, por ejemplo de las normas que regulen los ascensos –, no se agotaría con ello el significado de la expresión ‘promoción a través del trabajo’”. **ALBIOL MONTESINOS ET ATRI**. *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*. EDESA. Madrid, 1981, p. 179 y 180. Otros autores sostienen que “desborda el alcance del presente art. 23 la genérica previsión constitucional sobre la ‘promoción a través del trabajo’, que remite a un amplio postulado de política social según la cual el trabajo es factor para el ascenso social”. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios al estatuto de los trabajadores*. Aranzadi. Pamplona, 2000, p. 135.

<sup>912</sup> **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*. La Ley – Actualidad. Madrid, 1998, p. 195. En contra, **MONREAL BRINGSVAERD**. *Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma de 1994*. AL 1997 – II, versión digital (La Ley 2959/2001).

<sup>913</sup> El carácter imperativo de la dicción del art. 23 TRET queda sustancialmente suavizado al no ser una cuestión listada en el art. 85.2 TRET. **MIRÓN HERNÁNDEZ**. *El Derecho a la formación profesional del trabajador*. CES. Madrid, 2000, p. 58 y 59.



expresión amplia que admite diversas concreciones”<sup>914</sup> y que, por tanto, se refiere a la “variación de horario, reducción del tiempo de trabajo, etc.”<sup>915</sup>.

En cuanto a la segunda (“elección de turno” – apartado 1.a del art. 23 TRET) está condicionada a que el trabajador “curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional”<sup>916</sup> y depende de que el sistema de turnos esté efectivamente instaurado en la empresa. Por otra parte, el trabajador tiene reconocida una “preferencia a elegir”, debiéndose entender, a nuestro juicio, que se le está otorgando expresamente una posición prevalente. Sin embargo, para la doctrina judicial al emplearse el término “preferencia”, “ya no cabe hablar de una concesión reglada y automática de este beneficio, sino que habrá que determinar con qué otros criterios habrá de calibrarse esta preferencia. Evidentemente, la mera mención de ese término implica el reconocimiento de un ámbito de dirección y organización del empresario, que en el ejercicio de tales funciones determinará cuál es la posición del empleado peticionario en cada momento”<sup>917</sup>. En términos similares, la doctrina entiende que esta facultad no se reconoce con carácter incondicionado, pues, también depende de las necesidades organizativas de la empresa y de las exigencias legales en la rotación en los turnos de trabajo<sup>918</sup>.

Sin embargo, cabe plantear algunas objeciones a estos planteamientos. A nuestro entender, no tiene excesivo sentido que esta “preferencia” esté intrínseca o consustancialmente limitada por el ámbito de dirección y organización del empresario, pues, ésta es una restricción que opera por defecto. Por consiguiente, en el instante que el Legislador reconoce esta preferencia es porque, conocedor de los límites derivados del respeto a lo acordado y a la subordinación, excepcionalmente está reconociendo un motivo o causa para soslayarlos. En todo caso, lo que puede suceder es que la preferencia del trabajador compita

---

<sup>914</sup> MARTÍN PUEBLA. *Formación profesional y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 211.

<sup>915</sup> MONTOYA MELGAR. *Derecho del Trabajo*. 21ª Edición. Tecnos. Madrid, 2000, p. 398. En términos similares, CAMPS RUIZ. *Promoción profesional en la empresa*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>916</sup> Exigencia que es expresiva de que se está refiriendo sólo a estudios en los que tal regularidad (suma de asiduidad y aprovechamiento) es comprobable viniendo dada la medida de esta regularidad por la presentación a las convocatorias y las calificaciones obtenidas”. MONTOYA MELGAR ET ALTRI. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 136. La regularidad, por tanto, se refiere, por un lado, a que los estudios se prolonguen de forma más o menos duradera en el tiempo; y, por otro lado, se refiere a la propia actitud personal del trabajador, al que se le debe exigir una constancia subjetiva. MARTÍN PUEBLA. *Formación profesional y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 196.

En lo relativo a la expresión “título académico o profesional”, la doctrina estima que debe habilitar “para el ejercicio de una actividad industrial o profesional, sea cual fuere el régimen en que se practique”. MARTÍN PUEBLA, *op. cit.*, p. 197. Formación, por otra parte, que debe entenderse referida a la externa y por cuenta del trabajador. STSJ Madrid 13 de octubre 1992 (AS 4906), *cit.* CRUZ VILLALÓN ET ALTRI. *Estatuto de los Trabajadores comentado*. Tecnos. Madrid, 2003, p. 321. *vid.* al respecto también, CAMPS RUIZ. *Promoción profesional en la empresa*, *op. cit.*, p. 102 y 103.

<sup>917</sup> STSJ Navarra 18 de noviembre 1994 (AS 4204). En términos similares, SSTSJ Navarra 28 de mayo 2002 (AS 1840); Madrid 19 de diciembre 2000 (JUR 2001\95238).

<sup>918</sup> MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 1996, p. 652.

con el derecho de otro trabajador<sup>919</sup>. Y, en este sentido, es lógico entender que su pretensión pueda decaer ante quien tenga otro derecho “mejor”. O bien, si se diera el caso de que el número de solicitudes de estudio fueran tales que no pudiera atenderse a este derecho de forma plena<sup>920</sup>. De hecho, el art. 23 TRET nada especifica al respecto; y en lo que respecta al art. 36 TRET sólo limita la participación en el turno de noche (salvo adscripción voluntaria)<sup>921</sup>. Además, corrobora este planteamiento la STC nº 129, 17 de julio 1989<sup>922</sup>, pues, en un supuesto en el que no es aplicable el referido precepto, estima que, en base al principio de neutralidad del empresario (que le exime del deber de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador)<sup>923</sup>, éste no tiene el deber de acomodar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. En concreto, afirma que “los derechos que la Constitución garantiza como ciudadano al trabajador constituyen un factor de alteración del entramado de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral”<sup>924</sup>. Ahora bien, cabe entender que para el caso de que sea aplicable el art. 23 TRET, la pretensión del trabajador no deriva del texto constitucional, sino del ejercicio de un derecho legalmente reconocido<sup>925</sup>. Finalmente, corrobora la tesis que se defiende planteamiento la STS 25 de octubre 2002<sup>926</sup> que afirma que “Las normas fundamentales (artículos 27.1, 35.1 y 40 de la y las de rango de legalidad ordinaria [artículos 4.2 b) y 23.1 a) del Estatuto de los Trabajadores] hacen prevalecer sobre cualquier otra circunstancia, salvo prueba en contrario, el ejercicio por los trabajadores de su derecho a la promoción profesional, y en tal sentido no es aceptable

---

<sup>919</sup> Como afirma la STSJ Castilla-La Mancha 30 de julio 2004 (AS 2176), “como ocurre con todo derecho, no puede tenerse como de carácter absoluto, y aun cabra la posibilidad de su modulación en determinados supuestos excepcionales, en que pueda concurrir alguna circunstancia peculiar. Pero, inexistente en el caso ninguna circunstancias excepcional, y acreditada tanto la existencia del sistema de trabajo a turnos en la empresa, como el seguimiento formativo regular del trabajador demandante, pese a la obstrucción de la empresa (que no le facilita el acceso a los mismos) la matriculación del mismo y los horarios lectivos, procede, tal y como entendió la juzgadora de instancia, confirmar el derecho del trabajador a la elección preferente de turno de trabajo que sea compatible con la asistencia normal y regular a los cursos formativos descritos en la misma al no existir ningún motivo razonable que permite y justifique la denegación empresarial”. En la doctrina compartiendo este criterio, **ALBIOL MONTESINOS ET ATRI**. *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo, op. cit.*, p. 183.

<sup>920</sup> **CAMPS RUIZ**. *Promoción profesional en la empresa, op. cit.*, p. 106. En definitiva, como afirma la STSJ Castilla-La Mancha 30 de julio 2004 (AS 2176), “Sin duda que, como ocurre con todo derecho, no puede tenerse como de carácter absoluto, y aun cabra la posibilidad de su modulación en determinados supuestos excepcionales, en que pueda concurrir alguna circunstancia peculiar”.

<sup>921</sup> La STS 25 de octubre 2002 (RJ 10211) afirma que “La interpretación del artículo 23.1 a) referenciado no puede conducir al otorgamiento del derecho que reconoce en función de que los turnos sean fijos o rotatorios, pues el precepto no alude a esta circunstancia ni hace depender la preferencia del trabajador a elegir uno u otro al establecimiento en la empresa de un determinado sistema de turnos”. Doctrina seguida por la STS 6 de julio 2006 (RJ 8875). En la doctrina, **CAMPS RUIZ**. *Promoción profesional en la empresa, op. cit.*, p. 106. Incluso, en contra del criterio que, *obiter dicta*, se defiende en la sentencia citada, entendemos que aunque el trabajador hubiera sido contratado para prestar sus servicios en un determinado turno, cabría defender su derecho a cambiar de turno.

<sup>922</sup> RTC 129.

<sup>923</sup> **GIL Y GIL**. *El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador*. ASoc nº 13, 2003, versión digital (BIB 2003\1246).

<sup>924</sup> STC nº 129, 17 de julio 1989 (RTC 129)

<sup>925</sup> En términos similares, STS 25 de octubre 2002 (RJ 10211).

<sup>926</sup> RJ 10211.

limitar el alcance y el efecto de las normas que reconocen tal derecho más allá de lo razonable, mediante una interpretación restrictiva que no encuentra justificación alguna”<sup>927</sup>.

En cuanto a la negociación colectiva, más allá de la remisión al contenido del Acuerdo Nacional de Formación Continua, es bastante habitual que los convenios colectivos recojan la “invitación” del art. 23.2 TRET<sup>928</sup>. De todos modos, es muy frecuente que los convenios colectivos se limiten a reproducir el contenido del TRET<sup>929</sup>. Lo que resulta especialmente preocupante, pues, dado el vacío legal, redundante (muy) negativamente en la seguridad jurídica.

En este contexto destaca que, en ocasiones, en lo relativo a las condiciones de ejercicio, se establezca la obligación del trabajador de avisar y/o justificar el derecho que solicita<sup>930</sup>. Incluso, se prevé la posibilidad de exigir las calificaciones, condicionándolo a la obtención de un determinado resultado<sup>931</sup>; o un determinado nivel de asistencia a las clases<sup>932</sup>.

---

<sup>927</sup> En términos similares, STSJ Aragón 13 de mayo 2002 (JUR 174502)

<sup>928</sup> Un análisis al respecto (aunque lejano en el tiempo), **MERINO SENOVILLA** y **ROMÁN DE LA TORRE**. *El tratamiento de la formación profesional del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores en los convenios colectivos*, op. cit. (versión digital). Y, un análisis de los convenios entre los años 1994 y 1996 en, **MONREAL BRINGSVAERD**. *Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma de 1994*, op. cit. (versión digital).

<sup>929</sup> Entre otros muchos, Art. 22 CCOL – Estatal - Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (BOE 4 de agosto 2006, RCL 1565); Art. 8 CCOL Farmacias (BOE 5 de julio 2004, RCL 1545); Art. 50 CCOL – Estatal – Personal Laboral UNED (BOE 18 de enero 2001, RCL 153); Art. 24 CCOL – Estatal – Personal Laboral Universidades Extremadura, Murcia, Salamanca y Valladolid (BOE 23 de octubre 1998, RCL 2554). Y, reiterando lo previsto en el art. 23.1.a) TRET, art. 40 CCOL – Estatal – Colegios Mayores Universitarios (BOE 1 de octubre 2001, RCL 2433); Art. 21 CCOL – Zaragoza - Confiterías, Pastelerías y Venta de Dulces (BO. Zaragoza 5 de junio 2003, LEG 6780); Art. 28 CCOL – Tarragona - industrias vinícolas (DOGC 9 de octubre 2007, LCAT 580); Art. 40 CCOL – Almería - sector trabajo en el campo (BO. Almería 17 de septiembre 2007, LEG 6322); Art. 27 CCOL – Cataluña – Inspección Técnica de Vehículos (DOGC 16 de octubre 2007, LCAT 591); Art. 17 CCOL – Valencia - Supermercados y Autoservicios (BO. Valencia 3 de septiembre 2007, LEG 4178); Art. 18 CCOL – Cantabria - agencias distribuidoras oficiales de butano (BO. Cantabria 3 de agosto 2007, LCTB 232); Art. 23 CCOL – Murcia - Aguardientes, Compuestos, Licores y Sidrerías (BO. Región de Murcia 7 de agosto 2007, LRM 266); Art. 25 CCOL – Zamora - Industrias de Tintorería y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa (BO. Zamora 13 de julio 2007, LEG 6705); Art. 33 CCOL – Navarra – Industria Hostelería (BO. Navarra 8 de agosto 2007, LNA 299); Art. 34 CCOL – Alicante - Comercio-almacenistas de materiales de construcción y saneamiento (BO. Alicante 31 de mayo 2007, LEG 4377); Art. 67 CCOL – Comunidad Valenciana - Entidades de Carácter Social (DO. Comunitat Valenciana 7 de junio 2007, LCV 297); Art. 11 CCOL – Madrid - Tintorerías y Lavanderías (BOCM 6 de junio 2007, LCM 229); Art. 24 CCOL – Murcia – Panaderías (BO. Región de Murcia 16 de abril 2007, LRM 125); Art. 24 CCOL – La Rioja - Comercio Textil (BO. La Rioja 8 de febrero 2007, LLR 23); Art. 53 CCOL – Cataluña - Laboratorios fotográficos (DOGC 8 de octubre 2007, LCAT 577); Art. 20 CCOL – Cataluña - Empresas de azafatas y promotores/as de venta (DOGC 13 de diciembre 2006, LCAT 926); Art. 49 CCOL – Com. Valenciana - Sector de Bebidas Refrescantes (DO. Comunidad Valenciana 8 de septiembre 2006, LCV 387); Art. 5 CCOL – Asturias - Industrias del Metal (BO. Principado Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); Art. 25 – Murcia - Confitería, Pastelería, Masas Fritas y Turrónes (BO. Región Murcia 6 de abril 2006, LRM 139), Art. 23 CCOL – Málaga - Comercio y Manufactura Vidrio Plano (BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159); Art. 26 CCOL – Valencia - Laboratorios de Prótesis Dental (BO. Valencia 18 de enero 2006, LEG 973).

<sup>930</sup> Art. 40 CCOL – Estatal – Colegios Mayores Universitarios (BOE 24 de octubre 2007, RCL 1932), se establece la obligación de justificar la formalización de la matrícula como haber asistido a dichos exámenes; Art. 35 CCOL – Estatal – Centros de Asistencia y Educación Infantil (BOE 7 de junio 2007, RCL 1105). Art. 35 CCOL – Baleares - Vehículos de Alquiler sin Conductor (BO. Illes Balears 18 de diciembre 2008, LIB 349); Art. 27 CCOL – Cataluña – Inspección Técnica de Vehículos (DOGC 16 de octubre 2007, LCAT 591); Art. 17 CCOL – Valencia - Supermercados y Autoservicios (BO. Valencia 3 de septiembre 2007, LEG 4178); Art. 26 CCOL – Girona - Almacenaje, conservación, manipulación y venta de frutas y verduras (DOGC 13 de diciembre 2006, LCAT 7505); Art. 51 CCOL – Cataluña - Personal laboral de la Generalidad de Cataluña (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424), Art. 32 CCOL – Aragón - Despachos de Graduados Sociales (BO. Aragón 15 de abril 2005, LARG 95)

<sup>931</sup> Art. 20.2 CCOL – Madrid – Oficinas y Despachos (BOCM 11 de septiembre 2007, LCM 326): “La empresa podrá exigir a todo trabajador que se encuentre disfrutando de los beneficios enumerados en el punto anterior las calificaciones obtenidas en su estudio, así como justificación de su asistencia normal a las clases. Cuando las

Lo que se resulta de una discutible legalidad. La misma valoración debe efectuarse respecto del hecho de que algunos Convenios Colectivos planteen el desarrollo con carácter restrictivo. Así, en ocasiones, la facultad del trabajador se restringe a cursos vinculados con el contenido del convenio y siempre condicionado al poder de dirección y organización del empresario<sup>933</sup>. En otros casos, se condiciona (*ab initio* y no como una excepción) a que las necesidades del servicio lo permitan<sup>934</sup>; o bien, a la “concesión del permiso de la empresa de acuerdo con las necesidades de producción”<sup>935</sup>. En cambio, nos resulta más adecuados los preceptos que hacen referencia a que no “se opongan necesidades organizativas o de producción, justificadas”<sup>936</sup>.

---

calificaciones en un 25 por 100 no superen el aprobado o las faltas no justificadas de asistencia a clase superen el 10 por 100 del horario docente, serán causa automática del cese de los citados beneficios”. En términos idénticos, Art. 11 CCOL – Madrid - Tintorerías y Lavanderías (BOCM 6 de junio 2007, LCM 229); Art. 19 CCOL – Madrid - Mercados de Distrito de Concesión Municipal, Centros Comerciales de Barrio y Galerías de Alimentación (BOCM 21 de agosto 2004, LCM 350).

<sup>932</sup> Art. 46 CCOL – Alicante - Industria Siderometalúrgica (BO. Alicante 27 de julio 2007, LEG 5266): “El trabajador matriculado para la obtención de cualquiera de los títulos señalados, presentará a la Dirección de la empresa un certificado de dicha matrícula a fin de poder disfrutar de los beneficios de este artículo. Trimestralmente presentará a la dirección de la empresa el Boletín de evaluación o documento que le sustituya, a fin de justificar la asistencia a clase; en este sentido sólo se tolerarán cinco faltas de asistencia injustificadas en el trimestre escolar, en cuyo caso se perderá este beneficio”.

<sup>933</sup> Art. 44 CCOL – Estatal – Acción e Intervención Social (BOE 19 de junio 2007, RCL 1182).

<sup>934</sup> Art. 38 CCOL – Alicante - Empresas captación, elevación conducción, tratamiento, desalinización, depuración y distribución de agua (BO. Alicante 20 de febrero 2007, LEG 2285).

<sup>935</sup> Art. 26 CCOL – Girona - Almacenaje, conservación, manipulación y venta de frutas y verduras (DOGC 13 de diciembre 2006, LCAT 7505).

<sup>936</sup> CCOL – Jaén - Construcción y Obras Públicas (BO. Jaén 21 de febrero 2007, LEG 2362).

## ***2.- La ‘modificación’ en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.***

Más allá de las facultades de modificación atribuidas a trabajadores y empresarios ante la concurrencia de una excesiva onerosidad sobrevenida, el ordenamiento jurídico laboral prevé otras instituciones que promueven la conservación del contrato de trabajo frente a riesgos muy heterogéneos. Su particularidad reside en el hecho de que la continuidad es una derivada de una decisión imperativa de una fuente heterónoma. Más allá de este denominador común, recuérdese que, en su conjunto, estos supuestos “modificatorios” se caracterizan por la dificultad para identificar, precisamente, más aspectos en común. En concreto, nos estamos refiriendo a las siguientes instituciones: nulidad parcial, transmisión de empresa, modificación y suspensión del contrato en caso de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural y, finalmente, la tácita reconducción de los contratos de duración determinada.

Instituciones que, retomando la exposición efectuada al analizar el contenido del principio de estabilidad en el empleo y, concretamente, lo expuesto con ocasión de la legislación durante la II República, se identifican con las primeras manifestaciones jurídico-positivas que promueven la estabilidad en el empleo (salvo, claro está, lo relativo al riesgo durante el embarazo y la lactancia). De hecho, son normas que apenas han variado en su formulación originaria.

Veamos, a continuación, cada uno de ellos, no sin antes recordar el empleo conscientemente impreciso del término “modificación” que hemos efectuado en este epígrafe para aglutinar a todas estas heterogéneas instituciones en una misma categoría.

### ***2.1.- La ‘modificación’ ‘ab initio’ por contener cláusulas nulas<sup>937</sup>.***

La existencia en el contrato de trabajo de cláusulas nulas puede dar lugar a la invalidez del negocio jurídico. Sin embargo, este efecto es evitado por el ordenamiento jurídico, si se trata de una nulidad parcial. El TRET, al igual que la LCT<sup>31</sup>, mantiene una distinción entre la nulidad total y la nulidad parcial<sup>938</sup>. El régimen jurídico de la nulidad parcial del contrato no ha sufrido modificaciones sustanciales desde que se reguló por primera vez en el art. 13 LCT<sup>31</sup>. En efecto, la promulgación de la LCT<sup>44</sup> se limitó a pulir la redacción, tratando de superar las

---

<sup>937</sup> Repárese que tomamos como título el empleado por RIVERO LAMAS para analizar la misma institución en su obra *La novación del contrato de trabajo*. Bosch. Barcelona, 1963, p. 188.

<sup>938</sup> En lo relativo a la nulidad total, *vid.* lo analizado con ocasión del estudio de la LCT<sup>31</sup>.

imprecisiones de su precedente<sup>939</sup>; y, por su parte, el art. 9.1 ET<sup>80</sup> es una derivación de lo previsto en la norma anterior<sup>940</sup>. Precepto que, finalmente, no fue objeto de modificación con la promulgación del TRET.

El art. 9.1 TRET es claramente una manifestación del principio de conservación del negocio jurídico, dado que el contrato permanece válido a pesar de la existencia de determinados vicios<sup>941</sup>. La cláusula (o parte<sup>942</sup>) nula de un negocio jurídico no comunica su invalidez a la totalidad del mismo, y además, como se ha apuntado, “por imperativo de la Ley, aquélla será integrada con la normativa imperativa aplicable al supuesto, produciéndose la efectividad del acto pese a un vicio inicial de nulidad de parte”<sup>943</sup>. Por lo tanto, junto a la posibilidad de mantener la supervivencia del negocio jurídico, se fija el destino de la parte viciada<sup>944</sup>. Mecanismo que supone una transposición parcial de la fuente de fijación del contenido de la relación jurídica en cuestión, sustituyéndose la autonomía privada por una norma heterónoma de integración<sup>945</sup>.

---

<sup>939</sup> Art. 10 LCT<sup>44</sup>: “Si por contravenir alguno de los preceptos anteriores resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá complementado con los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad”.

<sup>940</sup> Art. 9.1 ET<sup>80</sup>: “Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3º de esta ley”.

<sup>941</sup> *Id.* **GALLEGO MORALES**. *Art. 9, op. cit.*, p. 198; **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 223; **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 267 y 268. En la doctrina judicial, SSTSJ Canarias (Las Palmas) 30 de enero 2007 (JUR 156002); 9 de septiembre 2004 (AS 2829); y 2 de diciembre 2003 (JUR 2004\85202).

<sup>942</sup> En cuanto a la delimitación de la noción de “parte” (término infrecuente en los textos positivos), referida genéricamente a un fragmento o porción del reglamento contractual, subyace la posibilidad de separación estructural, presuponiendo, la escindibilidad del contrato de trabajo, esto es, la existencia de partes específicas diferenciadas del todo. Si la nulidad de esta parte (especificada en una “cláusula”, “pacto”, “condición”, “disposición” o “estipulación”) se concreta en uno de los elementos esenciales del contrato, deberá predicarse la nulidad absoluta del contrato. Por consiguiente, la nulidad parcial, sólo puede operar en caso de contravenir la ley y siempre que el contrato no sea considerado como un todo unitario. **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 48; **GALLEGO MORALES**. *Art. 9, op. cit.*, p. 198; y **GIL SUÁREZ**. *Validez e invalidez del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 370.

<sup>943</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 48. Siguiendo con el citado autor, “si la nulidad total refiere su concepto a una privación de efectos de tal modo amplia y extendida, que ninguna consecuencia, absolutamente ninguna, de las que a la relación jurídica correspondería producir, en principio”, se desprende que “en la nulidad parcial o de parte la privación de efectos no habrá de producirse sino respecto de alguno de los que emanan de la relación en cuestión, permaneciendo en vigor el negocio como tal realidad”. La esencia de esta institución radica “en la comunicación o interrelación ente parte nula y resto contractual válido” y, concretamente, debe detectarse “si la nulidad de dicho vínculo ha de comportar la del contrato en su conjunto” (p. 150 y 151). Con carácter general, se entiende que el principio de conservación del contrato inspira esta institución (**GIL SUÁREZ**. *Validez e invalidez del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 370). Específicamente, en el Derecho del Trabajo opera un criterio de incomunicabilidad de la nulidad de parte al contrato de trabajo en su conjunto por imperativo legal (p. 187 y ss.), dejando completamente al margen de la voluntad de las partes al celebrar el contrato (el análisis de las diversas teorías de comunicabilidad entre la parte nula y el resto del contrato valido en p. 169 a 186).

<sup>944</sup> Según **MONTOYA MELGAR**, el principio de conservación del negocio juega aquí no a través del remedio máximo de la convalidación del acto nulo sino mediante el más moderado recurso de la sustitución automática de las cláusulas viciadas. **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 267 y 268. En términos similares, **GARCÍA FERNÁNDEZ ET ALTRI**. *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. McGraw Hill. Madrid, 1999, p. 238. La doctrina ha destacado que la previsión normativa de la suerte de la parte viciada no es un elemento propio del esquema de la nulidad parcial. **GALLEGO MORALES**. *Art. 9, op. cit.*, p. 199.

<sup>945</sup> **PALOMEQUE LÓPEZ**. *La nulidad parcial del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 194; **GALLEGO MORALES**. *Art. 9, op. cit.*, p. 199 y 200; **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 223; y **MARTÍN VALVERDE**, **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ** y **GARCÍA MURCIA**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 478.

De todos modos, se trata de una institución de escasa aplicación práctica como demuestra su escasa incidencia en la jurisprudencia y la doctrina judicial<sup>946</sup>.

## 2.2.- La subrogación ‘ope legis’.

La esencia tuitiva contenida en este supuesto traslativo obvia por completo la lógica civil, pues va más allá del traslado o cesión de créditos entre el empresario y el nuevo adquirente. En aras a garantizar la continuidad de la relación de trabajo, el adquirente, al margen de su voluntad, se subroga no sólo en los derechos y acciones del empresario anterior, sino también de las deudas y obligaciones que constituyen el contrato de trabajo. Sin embargo, no se trata de una subrogación voluntaria, sino impuesta por la ley<sup>947</sup>.

La trascendencia conceptual del cambio de empresario ha sido ampliamente analizada y debatida por la doctrina (aunque en la actualidad parece suscitar escaso interés<sup>948</sup>). Un sector ha tratado de justificar esta sucesión como si las relaciones de trabajo fueran parte integrante de la empresa misma. Concepción que simultáneamente ha sido utilizada para fundamentar la objetivación de la empresa, constituyéndose en un sujeto nuevo de derecho, al margen de la figura del empresario (*tesis relacionista*)<sup>949</sup>. Según esta teoría, en el supuesto de transmisión de empresa, no hay necesidad de hacer un contrato nuevo, porque el personal está tan ligado a la empresa que un cambio de titular no supone alteración alguna, de modo que los contratos de trabajo persisten idénticamente con el adquirente de la empresa. La idea de la comunidad de

---

<sup>946</sup> Son muy pocos los pronunciamientos que aplican el art. 9.1 TRET. Como botón de muestra, cuando lo hacen, ha sido con respecto a los pactos de no competencia postcontractual (SSTSJ Madrid 30 de noviembre 2004, AS 2005\109; y – vigente el ET’80 - Castilla y León/Valladolid 21 de noviembre 1995, AS 4124; Andalucía/Málaga 30 de diciembre 1994, AS 4880); o bien, en relación a un contrato temporal con una cláusula de temporalidad fraudulenta (STSJ Cataluña 13 de noviembre 2002, AS 4115), contrato de aprendizaje con incumplimiento de los requisitos de forma (STSJ Cataluña 5 de octubre 1999, AS 4200); y – vigente el ET’80 - declaración de nulidad de una cláusula de retiro indemnizado por decisión unilateral de la empresa (STS 25 de octubre 1989, RJ 7437); nulidad del término pactado – en un contrato temporal de fomento del empleo – por haber estado la trabajadora contratada por la empresa con anterioridad (STS 18 de julio 1988, RJ 6162); declaración de nulidad de la cláusula contractual que establece una jornada de trabajo superior a la establecida en el convenio colectivo (STSJ Cataluña 2 de febrero 1996, AS 397); nulidad del período de prueba de un trabajador que había prestados servicios con anterioridad en la empresa (STSJ Castilla y León/Valladolid 4 de enero 1994, AS 256).

<sup>947</sup> Por ello, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, bastando una mera notificación a los trabajadores bien por parte del cedente o bien por la del cesionario.

<sup>948</sup> No obstante, en algunas sentencias recientes, al menos desde un punto de vista terminológico, pueden encontrarse referencias *cercanas* a la idea de la *Gemeinschaft*. Por ejemplo, en la selección de sentencias relativas a la normativa sucesoria que realizan GARCÍA TENA y ALARCÓN BEIRA, las SSTS 14 de marzo 1978 y 30 de junio 1988, sostienen que “se configura así un derecho del trabajador al puesto de trabajo, desligado del empleador, vinculado a la empresa concebida como una comunidad de trabajo que posibilita la desaparición y sustitución del empresario sin mengua de la vida de la comunidad” (en términos similares, STSJ Madrid 10 de abril 1991). *Cit.* GARCÍA TENA y ALARCÓN BEIRA. *Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia I, II y III*. RL 1995 - II, p. 1007.

<sup>949</sup> Concepción que, como se sabe, se contraponen a la idea de contrato de trabajo, entendido como una pura relación crediticia entre trabajador y empresario, que tiene por objeto “un débito de prestaciones singulares de trabajo y de débitos salariales vinculados en una relación de intercambio”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Contrato de trabajo y relación de trabajo, op. cit.*, p. 4.

trabajo que constituye la vida en la empresa conforma la exégesis del principio de continuidad del contrato de trabajo en la sucesión de empresas. Es decir, no opera modificación contractual alguna, pues, “partiendo de la base de que la empresa [tiene] personalidad jurídica propia o que [es] una ‘comunidad’ o una institución, [es] aquélla como tal la verdadera contraparte de la relación laboral”<sup>950</sup>. Según MOLITOR - citado por RODRÍGUEZ PIÑERO - “el hecho de trabajar para otro hace entrar al trabajador en la esfera jurídica de éste de tal manera que puede decirse que el trabajo prestado es incorporado a un organismo económico del que es titular el empleador y al que pertenecen como miembros “servidores” los empleados y obreros”<sup>951</sup>.

En cambio, otros autores (ALONSO OLEA) tratan de fundamentar la continuidad de la relación de trabajo en otros argumentos (jurídicos y metajurídicos)<sup>952</sup>. En primer lugar, porque el contrato de trabajo “no es personalísimo en cuanto al empresario, pues su prestación básica es de dar, y de dar generalmente un bien específico como lo es el dinero”. En segundo lugar, porque aunque “el contrato de trabajo envuelve prestaciones personalizadas del empresario (...), pese a ellas, la ‘dureza’ y resistencia del contrato se impone, y de ahí resulta su continuidad y su conservación”. Finalmente, también es posible fundamentar la continuidad del contrato en virtud de una serie de razones calificables como “metajurídicas”, basadas en el principio de estabilidad en el empleo y en la idea de que la empresa cobija la protección del empleo<sup>953</sup>. Desde una perspectiva contractualista también se han propuesto múltiples interpretaciones, de las que en la actualidad prevalece la tesis de la existencia de una sucesión *ope legis*<sup>954</sup>.

---

<sup>950</sup> GONZÁLEZ BIEDMA. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 226.

<sup>951</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Contrato de trabajo y relación de trabajo*, op. cit., p. 14.

<sup>952</sup> ALONSO OLEA. *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 97; y *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968, p. 190 y 191.

<sup>953</sup> Según ALONSO OLEA, “las empresas se crean para durar indefinidamente en el tiempo y han de ser inmunes a los cambios subjetivos de las personas que agrupan, incluida la del empresario; ciertamente el cambio de un trabajador destruye el correspondiente contrato de trabajo; pero si se predicara lo mismo del cambio del empresario se destruiría el marco o el ámbito de un conjunto de contratos de trabajo en que la empresa consiste y, con él, la empresa misma. Los principios de estabilidad en el empleo sobre los que se basa la identificación en el tiempo de numerosos contratos de trabajo, quedarían destruidos si estuvieran a merced de un cambio empresarial”. ALONSO OLEA. *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 97 y 98. Sin embargo, existe un sector doctrinal que entiende que la subrogación patronal tiene por finalidad básica y primordial la protección del interés del empresario, salvaguardando la unidad económica de la empresa. DURÁN LÓPEZ. *La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa*, op. cit., p. 79. Una opinión más matizada en relación a las ventajas que obtiene el empresario (y la empresa) en las sucesiones empresariales y una reflexión de sus repercusiones (beneficiosas) para la sociedad (y la economía en general) y, sobre todo, para los trabajadores en, ÁLVAREZ ALCOLEA. *La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 61 y 62; GONZÁLEZ BIEDMA. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 38 a 44; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER. *Descentralización productiva y sucesión de empresas*. En “Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas” (Coord. Fernández López). Trotta. Madrid, 2004, p. 211.

<sup>954</sup> Desde un punto de vista jurídico la transmisión de empresa presenta una notable complejidad dada la naturaleza sinalagmática del contrato, pues debe tenerse en cuenta la transferencia de los derechos de crédito así como de las obligaciones pasivas de ambos contratantes. Operación que requiere una pluralidad de operaciones de difícil coordinación. En términos generales, conviene tener presente que en el fenómeno transmisivo “no se es ‘cedente’ porque se deja de ser titular de los contratos de trabajo, sino que porque se es ‘cedente’ de otro objeto, se pierde la cualidad de empresario en los contratos de trabajo. Y no se es ‘adquirente’ o ‘cesionario’ porque se adquiere la titularidad de empresario en los contratos de trabajo, sino que quien adquiere la titularidad de la explotación es subrogado ‘ope legis’ en la cualidad de empresario en los contratos afectados por aquella adquisición”. Complejidad a la que debe añadirse la dificultad de delimitar la noción de “empresa”. MARÍN CORREA. *La sucesión de empresas*.



• En lo que concierne a su régimen jurídico, se trata de una institución que, a pesar de los cambios acaecidos en la dinámica económico-productiva, ha sido escasamente objeto de reforma. En efecto, el art. 44 ET<sup>80</sup> ha permanecido inalterado durante más de dos décadas hasta la promulgación de la Ley 12/2001<sup>955</sup>. La reacción del Legislador responde (quizás tarde e

---

*Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23, op. cit., p. 87.* ALONSO OLEA entiende que se trata de una novación subjetiva en sentido amplio, “por cuanto la parte sustituida es a la vez acreedor y deudor contractual, con lo que se produce al tiempo dos de las modificaciones no extintivas previstas en el CC, artículo 1203, y por cuanto la novación no se produce en una sola relación de crédito y deuda, sino, posible y normalmente, en una multiplicidad de ellas, tantas como contratos de trabajo ligaran al empresario con los trabajadores”. ALONSO OLEA. *Suspensión e interrupción del contrato de trabajo, op. cit., p. 97.* Sin embargo, desde la perspectiva del empresario acreedor de la prestación de trabajo, no se puede hablar propiamente de novación ni de cesación de crédito. No se produce una novación en sentido extintivo, dado que la primera obligación no se extingue, sino que simplemente le sucede un nuevo sujeto acreedor y tampoco opera una cesión de crédito porque, por un lado, no sólo se cede la posición de acreedor en las relaciones laborales sino además una “unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada”; y por otro, porque se trata de una operación impuesta por el ordenamiento laboral. Desde la perspectiva del empresario deudor de la relación laboral, tampoco puede entenderse que exista una novación por cambio de deudor, puesto que no se extingue propiamente el contrato de trabajo y porque en virtud del art. 1205 CC se exige la conformidad del acreedor (en este caso el trabajador). Motivo por el cual debe rechazarse, asimismo, su calificación como una asunción de deudas. Por todo ello, debe hablarse de una “subrogación *ope legis*”. RIVERO LAMAS. *Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa, op. cit., p. 39 a 47; La novación del contrato de trabajo, op. cit., p. 239 y ss;* y LACRUZ BERDEJO. *Derecho de Obligaciones, op. cit., 1987, p. 335 a 340.* MARTÍN VALVERDE, por su parte, discute que el uso del término “subrogación” sea técnicamente el adecuado. MARTÍN VALVERDE. *Continuidad de las relaciones de trabajo en casos de venta judicial de los bienes de la empresa, op. cit., p. 97.* Y DURÁN LÓPEZ, descartando la existencia de una cesión, prefiere adoptar una terminología descriptiva y habla de “sucesión contractual por ministerio de la ley”. DURÁN LÓPEZ. *La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa, op. cit., p. 84.* Comparten esta opinión, ÁLVAREZ ALCOLEA. *La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, op. cit., p. 60;* y recientemente, GALA DURÁN. *Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales.* AL 1997 - II, p. 562. ALBIOL MONTESINOS, en cambio, sostiene que no puede hablarse de una sucesión *ope legis*, sino que se trata de una cesión contrato, puesto que el consentimiento del contratante cedido se halla implícito en la expresión del art. 79.1 LCT<sup>44</sup>, “a no ser que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario”. ALBIOL MONTESINOS. *Aspectos laborales de la transmisión de empresa, op. cit., p. 65 a 71.* Finalmente, adoptando una postura conciliadora, GONZÁLEZ BIEDMA estima que se trata de una “cesión (o transmisión) legal de contrato”, esto es, descartando que efectivamente haya un consentimiento tácito del trabajador, pero concluye que existe una gran similitud entre la cesión legal del contrato y la sucesión *ope legis*. GONZÁLEZ BIEDMA. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo, op. cit., p. 234 y ss.*

<sup>955</sup> Normativa que tiene su origen en el Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, (aunque en el mismo no se contemplaba la reforma del art. 44 TRET) y éste a su vez de la voluntad de cumplir con la obligación de trasponer al plano nacional las modificaciones operadas por la Directiva 98/50/CE sobre la Directiva 77/187/CEE (Exposición de Motivos de la Ley 12/2001). Pese a que la Directiva 77/187/CEE ha sido derogada por la Directiva 2001/23/CE. Un análisis crítico al procedimiento seguido para la reforma del art. 44 TRET en MORENO GENÉ. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa.* Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003, p. 13 a 18. *vid.* también DEL REY GUANTER. *El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET.* TL nº 61, 2001, p. 330 y ss. Con anterioridad, el ET<sup>80</sup>, pese a mantener el planteamiento de la LRL<sup>76</sup>, se aprecia una voluntad inequívoca de extender la protección al mayor número de situaciones posibles, por varias razones. Por un lado, el art. 44 ET<sup>80</sup> recoge el testigo de la LRL<sup>76</sup> al considerar la existencia de una transmisión con independencia de la causa que la motive - “cambio de titularidad”. Por otro lado, desde un punto de vista técnico-jurídico, se precisa el concepto del objeto susceptible de transmisión. Al término “empresa” se adiciona los conceptos de “centro de trabajo”, y sobre todo una categoría organizativo-funcional integrada en la empresa, como es “la unidad productiva autónoma”. Concepto éste último, independiente no necesariamente vinculado al concepto de centro de trabajo. CAMPS RUIZ. *La sucesión de empresa, op. cit., p. 56 y 57:* “como concepto que haría referencia a una unidad organizativa cuya base no es predominante espacial o geográfica – como el caso del centro de trabajo -, sino de carácter funcional, y cuya base territorial podría coincidir, por consiguiente, bien con uno o varios centros de trabajo, o bien con parte de uno o varios centros de trabajo”. *Vid.* también, MONEREO PÉREZ. *La transmisión parcial de empresas: el centro de trabajo y la unidad productiva autónoma.* DL nº 52, 1997, p. 77; y *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad, op. cit., p. 91 y ss.* Aunque en un primer momento, un sector de la doctrina y la jurisprudencia identificara el término “unidad productiva autónoma” con el concepto de “centro de trabajo”, dado que ésta es la definición que ofrece el art. 1.5 ET, “unidad productiva con organización específica” (STCT 9 de marzo 1987, RTCT 7058). Así, “al constituir un concepto funcionalmente diferenciado del centro de trabajo, la unidad productiva autónoma puede ser tanto superior al centro de trabajo (por abarcar varias partes autónomas de la empresa) como inferior al mismo (cuando el centro de trabajo comprende varias unidades

insuficientemente) a las necesidades de adaptación de la normativa sucesoria ante la nueva coyuntura<sup>956</sup>.

El mantenimiento de este tratamiento normativo a estas situaciones es, en definitiva, resultado de la persistente convicción legislativa de proteger la estabilidad en el empleo en las situaciones de cambio de titularidad de la empresa<sup>957</sup>. Sin olvidar, por otra parte, la idea de que el mantenimiento de la empresa y, por ende, la estabilidad en el empleo, está condicionado al mantenimiento de la competitividad. Es decir, que el Legislador entiende que sólo a través del incremento de la competitividad se puede mantener el empleo y, yendo un poco más lejos, al laboral sólo le interesa la continuidad de la empresa en tanto que proporciona trabajo. Por consiguiente, para concluir con el silogismo - ya expuesto con anterioridad -, el Legislador ha asumido que la competitividad es sinónimo de empleo<sup>958</sup>.

El contexto socio-económico actual, regido por la incertidumbre y en el que la actividad productiva está sometida a permanentes e intensos procesos de reestructuración o reorganización sobrevenidos (esto es, no originarios), se ha traducido en la adopción de estrategias empresariales que fomenten la flexibilidad y en la crisis del modelo antiguo de la gran empresa vertical (dando pie, a lo que la doctrina ha denominado descentralización impropia)<sup>959</sup>. En la búsqueda creciente por una autonomía organizativa y funcional, se ha

---

productivas)”. **SEMPERE NAVARRO** y **CAVAS MARTÍNEZ**. *Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa*. ASoc nº 10, 2001, versión digital (BIB 2001\1007). Frente al término “transmisión parcial de empresa” de la LRL’76, el ET extiende extraordinariamente el ámbito de protección al definir el objeto de transmisión desde un punto de vista finalístico o de resultado productivo; esto es, en términos de **MONEREO PÉREZ**, con una *textura abierta*. **MONEREO PÉREZ**. *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., p. 21. Como apunta **VALDÉS DAL-RÉ**, “lo que caracteriza a la autonomía organizativa es la capacidad de explotación diferenciada, pudiéndose predicar respecto de una unidad físicamente diferenciada, o bien, respecto de una realidad susceptible de fraccionarse y de constituir, por sí sola, una entidad socio-económica de producción”. Además, la nota de “autonomía no debe entenderse de un modo actual y presente, bastando con que pueda realizarse en el futuro”. **VALDÉS DAL-RÉ**. *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*. MTAS. Madrid, 2001, p. 48. No obstante, en opinión de **GONZÁLEZ BIEDMA**, la referencia del art. 44 a la “empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma”, a la postre viene a coincidir con el tradicional término de “industria” empleado por el art. 79 LCT’44. **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 110 a 113. Paralelamente, se dispone una mayor protección de los créditos laborales, declarándose la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario

<sup>956</sup> La doctrina ha destacado que la normativa sucesoria es aplicable a supuestos en que realmente no ha habido un cambio de titularidad de la empresa, mientras que, por el contrario, impide su aplicación a supuestos en que efectivamente sí ha tenido lugar una transmisión de la titularidad de la empresa. **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., p. 49. Sin embargo, estas “quejas” a la insuficiencia de la regulación de la sucesión empresarial, no son novedosas, pues, ya aparecen durante la vigencia del art. 44 ET’80 con respecto, precisamente, a uno de los supuestos de más actualidad, la sucesión de contratadas. *Vid.* al respecto, **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 35.

<sup>957</sup> STS 30 de septiembre 1997 (RJ 7185).

<sup>958</sup> A nuestro modo de ver, por tanto, no puede entenderse que el mantenimiento de las empresas constituya una de las finalidades perseguidas con la ‘sucesión de empresas’, como algo diferenciado de la estabilidad en el empleo. **TAPIA HERMIDA**. *Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en las ‘transmisiones’ de empresas: doctrina general y sucesión de contratadas*. RTSS-CEF nº 279, 2006, p. 26.

<sup>959</sup> En términos generales, es la naturaleza sobrevenida de los procesos de externalización que está motivando los problemas más graves. La *descentralización propia* sería aquella en virtud de la cual una empresa decide simplificar su estructura, pero en vez de *desgajar* ciertos segmentos de la organización original, decide su desaparición y a continuación contrata dicha actividad con empresas externas (*vid.* al respecto con mayor profundidad *infra*). **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Descentralización productiva, contratadas y despido por causas organizativas*. En “Descentralización

intensificado la tendencia a la fragmentación de la organización de la empresa, contribuyendo al incremento sustancial de la complejidad de su estructura y actividad y desembocando, primero, en lo que se ha denominado “descentralizaciones económico-productivas” (o “exteriorización” de los recursos productivos) y, segundo, en el fomento de relaciones empresariales de cooperación y subcontratación; lo que ha dado lugar a nuevos modelos de organización productiva como, por ejemplo, el conocido “empresa-red”, “conglomerado regional” o bien “empresas mano”<sup>60</sup>. Contexto en el que se ha incrementando sustancialmente la inestabilidad de los trabajadores, pues, “el cambio de titular de la empresa no es un hecho ‘indiferente’ para la gestión y la dirección de la misma”, vinculándose “con frecuencia a procedimientos de reestructuración o a mecanismos de externalización que suponen cambios en los contratos o las condiciones de trabajo”<sup>61</sup>. Especialmente, si se tiene en cuenta que se admite la posibilidad de vincular la duración de un contrato temporal a la de la contrata y que la externalización de ciertas actividades empresariales, si no quedan integradas en el ámbito del art. 44 TRET, pueden justificar la resolución por causas de empresa (sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, con ocasión del análisis del art. 44.9 TRET)<sup>62</sup>.

La reforma de 2001, no obstante, se ha limitado a trasponer literalmente la normativa comunitaria, sin haber hecho uso del margen de disponibilidad previsto. Circunstancia que ha motivado las críticas de un sector doctrinal, por el apresuramiento del Legislador y por la sensación de haber perdido la oportunidad de adaptar el precepto a los retos organizativo-empresariales que se plantean en la actualidad<sup>63</sup>. Por este motivo, la doctrina ha destacado que

---

productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 409 y 410.

<sup>60</sup> **MOLINA NAVARRETE**. *El problema de la identificación del concepto de “unidad productiva autónoma” ex art. 44: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos*, op. cit., p. 46. *Vid.* también, **MONEREO PÉREZ**. *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, op. cit., p. 7 y ss.; **BARREIRO GONZÁLEZ**. *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna*. REDT n° 94, 1999, p. 165 a 169; **RODRÍGUEZ ESCANCIANO**. *La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas*. RDS n° 15, 2001, p. 111 a 113; **SELLAS I BENVINGUT**. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 29 y ss.; y **RIVERO LAMAS**. *Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El “Outsourcing” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 24 y 25.

<sup>61</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Sucesión de empresa y sucesión de actividades*. RL n° 11, 2007, p. 2.

<sup>62</sup> Conviene tener presente que desde el instante que el propio TS admite la extinción de los contratos temporales vinculados a la duración de la contrata o a la concesión administrativa (contrata: SSTS 15 de enero 1997, RJ 497; y 9 de febrero 2002, RJ 6464; y concesiones administrativas: STSJ La Rioja 28 de abril 1998, AS 1848), la continuidad de los contratos de trabajo puede quedar sumamente atenuada. Pero incluso, para el caso de que la relación de trabajo sea indefinida, el empresario puede acudir a la vía de la extinción del contrato por causa económica (excesiva onerosidad) justificada en la “eventual reducción del volumen de actividad desarrollada por el contratista saliente”. **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., nota 176, p. 70; y **GARCÍA ORTEGA**. *La sucesión de contratistas*. En “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 346.

<sup>63</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*. RL, 2002 - I, p. 662; **SANGUINETI RAYMOND**. *El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma*, op. cit., p. 13 y 14; **DESDENTADO BONETE**. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*. RMTAS n° 38, 2002, p. 241 y 242; y **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., p. 23 y 24; **GÓMEZ ÁLVAREZ**. *Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles*. RL 2002 - I, p. 397. DEL REY GUANTER aporta un contrapunto matizando esta opinión

“no hay tanto innovación sustantiva cuanto mayor concreción y explicitación de criterios antes también válidos”<sup>964</sup>. Se ha modificado el precepto, aunque el esquema continúa siendo exactamente el mismo, pues se parte del mismo (idéntico) supuesto de hecho que el de la redacción de 1980, aunque se le ligan un conjunto más amplio de consecuencias jurídicas<sup>965</sup>.

En términos generales, la normativa comunitaria y el art. 44 TRET son normas de alcance general, con un supuesto de hecho amplio, cuya delimitación queda en manos de la jurisprudencia. Lo que no resulta negativo, en absoluto, si atendemos a la progresiva complejidad del tráfico mercantil y su constante evolución<sup>966</sup>. Por este motivo, se ha afirmado que para comprobar la existencia de una transmisión de empresas debe remitirse a “una cuestión de hecho, que requiere en cada caso su individualizada valoración”<sup>967</sup>. Método que ha dado lugar a un “considerable relativismo” de la noción de “empresa” o de “unidad productiva”<sup>968</sup>.

Circunstancia de difícil solución si se tiene en cuenta que, en la medida que la jurisprudencia comunitaria resuelve cuestiones prejudiciales, las valoraciones de hecho necesarias para determinar si hay o no transmisión competen al órgano jurisdiccional nacional<sup>969</sup>. No obstante, el Tribunal comunitario ha enumerado un conjunto de criterios, con el fin de facilitar la delimitación de lo que debe entenderse como “transmisión de una

---

generalizada, pues, a pesar de constatar que la reforma de 2001 transcribe de un modo bastante fiel la normativa comunitaria, en otros aspectos, realiza opciones de política legislativa de enorme trascendencia (como por ejemplo, la inclusión de los derechos de la seguridad social complementaria en el ámbito de los derechos a suceder entre empresarios; o bien a la hora de determinar los efectos laborales de la sucesión de empresa). **DEL REY GUANTER**. *El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET*, op. cit., p. 330 y 331.

<sup>964</sup> Cfr. **SEMPERE NAVARRO** y **CAVAS MARTÍNEZ**. *Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa*, op. cit. (versión digital).

<sup>965</sup> Fundamentalmente sobre aspectos de derecho colectivo (derechos de participación de los trabajadores en los procesos de reorganización empresarial y la norma convencional aplicable a los trabajadores afectados por la sucesión, arts. 44 párrafos 4 a 10). Aspectos que habían sido completamente omitidos por la dicción anterior, centrada en una visión excesivamente individualista, dirigida esencialmente a reconocer “derechos subjetivos individualizados, indisponibles e irrenunciables del trabajador desde la idea de que las consecuencias sucesorias de los contratos de trabajo en la transmisión de empresa se produce *ex lege* y son indisponibles tanto individual como colectivamente”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, op. cit., p. 646.

<sup>966</sup> Aunque, respecto de la Directiva, se ha llegado a afirmar que el elevado nivel de litigiosidad que ha planteado, es “consecuencia de un error de enfoque en el momento de su elaboración que no previó la gran diversidad de situaciones a la que su regulación tendría eventualmente que enfrentarse” (crítica probablemente extensible a la normativa nacional). **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial*. RL, 1999 - I, p. 1236.

<sup>967</sup> STS 20 de julio 1988 (RJ 6211).

<sup>968</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, op. cit., p. 652 y 653.

<sup>969</sup> Por todas, SSTJCE 20 de noviembre 2003, caso *Abler* (TJCE 386), relativa a la sucesión de contratos del servicio de restauración colectiva de un hospital; y 25 de enero 2001, caso *Liikenne* (TJCE 22), que resuelve un supuesto de sucesión de contratos del servicio de transporte urbano. Aunque, en ocasiones, el TJCE se ha excedido de sus funciones, sobrepasando sus funciones interpretativas, en perjuicio de la competencia atribuida a los órganos jurisdiccionales nacionales (por ejemplo, SSTJCE 24 de enero 2002, caso *Temco*, TJCE 29; y 7 de marzo 1996, caso *Merckx y Neubuys*, TJCE 41).

empresa”<sup>970</sup>. Lo que no ha servido para acotar el espectro, pues, con una ambigüedad calculada, la importancia que el órgano comunitario atribuye a cada uno de estos criterios varía (necesariamente) en función de la actividad ejercida o, incluso, de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate<sup>971</sup>.

Desde un punto de vista del contenido material, los efectos tuitivos del art. 44 TRET se extienden fundamentalmente sobre dos ámbitos: la vida del contrato de trabajo y las deudas pendientes. De todos modos, nuestro interés se va a centrar en el primero de ellos<sup>972</sup>. Sin olvidar que la normativa laboral sucesoria “no impone un plus de estabilidad y un reforzamiento de los derechos adquiridos a consecuencia del hecho de la transmisión, sino que sólo trata de neutralizar esa transmisión evitando que perjudique a los trabajadores y sus derechos, pero manteniendo en su integridad los márgenes de decisión del empleador, tanto del cedente como del cesionario”<sup>973</sup>.

---

<sup>970</sup> “Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad económica, han de tomarse igualmente en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente”. Apartado 24 de la STJCE 24 de enero 2002, caso *Temco* (TJCE 29), relativa a la sucesión de contratados del servicio de limpieza. Resolución que recoge el criterio sentado en la STJCE 18 marzo 1986, caso *Spijkers* (TJCE 65), posteriormente recogido en las SSTJCE 25 de enero 2001, caso *Liikenne* (TJCE 22); 11 de marzo 1997, caso *Süzen* (TJCE 45), relativo a una sucesión de contratados del servicio de limpieza de un colegio.

<sup>971</sup> Por todas, casos *Abler* (STJCE 20 de noviembre 2003, TJCE 386) y *Temco* (STJCE 24 de enero 2002, TJCE 29), apartados 35 y 25 respectivamente. Incorporando estos criterios al ámbito nacional, *vid.* STSJ Castilla la Mancha 4 de febrero 2003 (AS 1727).

<sup>972</sup> En cuanto a las garantías, en la jurisprudencia, SSTS 15 de julio 2003 (RJ 6108); y 4 de octubre 2003 (RJ 7378); 30 de septiembre y 15 de diciembre 1997 (RJ 7185 y 9179). Y, en la doctrina, *vid.* **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratados*. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El ‘Outsourcing’” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 261 a 264; **SEMPERE NAVARRO**. *Transmisión empresarial e indemnización por despido previo (Comentario a la STS de 15 de julio 2003)*. ASoc, n° 19, 2003, versión digital (BIB 2003\1248); y **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 237 a 239 y 258; **MARTÍNEZ MORENO**. *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*. RL, 1999 - I, p. 630; **SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ**. *Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa*, *op. cit.* (versión digital). Por lo demás, se regulan los derechos colectivos de representación y de información y consulta (art. 44 apartados 5 a 10 ET), con el objeto de “dotar a estas situaciones jurídicas de mayor transparencia y seguridad jurídica” (Exposición de Motivos Ley 12/2001). Normativa que debe complementarse con lo dispuesto en el art. 64.1.5° ET. *Vid.* **MORALA GÓMEZ**. *La nueva regulación de la sucesión de empresas*. AL n° 10, 2002, versión digital; **SEMPERE NAVARRO**. *Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas*. ASoc n° 7, 2002, versión digital (BIB 2002\998); y **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 265 y ss.

<sup>973</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *op. cit.*, p. 669.

La finalidad principal del art. 44 TRET, al igual que en 1931, sigue consistiendo en la continuidad de las relaciones laborales<sup>974</sup>, entendiéndose que las alteraciones en la titularidad patrimonial de la empresa dejan indemne al contrato de trabajo<sup>975</sup>. Es decir, el cambio de titularidad no justifica, *per se*, la extinción del contrato, lo que no obsta a que pueda operarse por otros motivos<sup>976</sup>. La subrogación sólo puede predicarse respecto de los contratos de trabajo en vigor en el momento de la transmisión<sup>977</sup>. Paralelamente, es importante recordar que la subrogación es total, alcanzando a cualquier condición de trabajo con independencia del origen de la fuente que la regule<sup>978</sup>.

---

<sup>974</sup> En cuanto al derecho de oposición del trabajador en un supuesto de sucesión, *ope legis*, comprendido en el art. 44 TRET, es una posibilidad no admitida en la legislación ni reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, la jurisprudencia comunitaria ha entendido que “corresponde a los Estados miembros determinar el destino reservado al contrato de trabajo o a la relación laboral con el cedente” (SSTJCE 16 de diciembre 1992, caso *Katsikas*, TJCE 212; y 24 de enero 2002, caso *Temco*, TJCE 29). Sin que ello implique “otorgar al trabajador un derecho de oposición a ser cedido al nuevo titular ni de mantener vigente su contrato de trabajo con el anterior empleador, ni siquiera de denunciarlo por incumplimiento imputable al empresario cedente”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER**. *Descentralización productiva y sucesión de empresas*, *op. cit.*, p. 223 a 226. *Vid.* también al respecto, **RODRÍGUEZ CARDO**. *Descentralización productiva y derecho del trabajador a permanecer en la empresa principal: a propósito de la STS de 23 de octubre de 2001*. REDT n° 113, 2002, p. 760 y ss; **VALDÉS DAL-RÉ**. *La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales*. RL, 1998 - II, p. 492 y 493; **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *op. cit.*, nota 5, p. 648; y **GIL Y GIL**. *La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el art. 44 ET*. TL n° 56, 2000, p. 306.

<sup>975</sup> El cambio de empresario “no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”, o en otros términos, “los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo (...) serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso” (art. 3.1 Directiva 2001/23).

<sup>976</sup> De hecho, tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización. Ahora bien, los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de la empresa y de los que no se ha hecho cargo el cesionario, siguen siendo empleados de la empresa en el momento de la transmisión (apartados 37 a 39, STJCE 12 de marzo 1998, caso *Dethier*, TJCE 45).

Por otra parte, es importante resaltar que (SSTS 8 de febrero y 13 junio 1983, RJ 567 y 3001) la *mera transmisión* no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que faculte al trabajador para solicitar una indemnización, salvo en la relación laboral especial de los altos directivos, art. 10.3.d RD 1382/1985 [sin que le sea aplicable el art. 44 TRET, en el supuesto de que no ejercite en plazo el derecho a extinguir el contrato - SSTS] de Canarias 19 de octubre 1995, AS 4023; y 21 de mayo 1996, AS 1626; un comentario de estas sentencias en **SEMPERE NAVARRO**. *Altos cargos y garantías por cambio de empresario*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1422)]. Lo que no quita que si, paralelamente a la transmisión, se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el trabajador pueda extinguir el contrato en virtud del art. 41 TRET.

<sup>977</sup> “Tal mecanismo de garantía no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la ley” (SSTS 24 de julio 1995, RJ 6331; y 20 de enero 1997, RJ 618). Sin embargo, conviene tener presente, como apunta **GIL Y GIL**, recogiendo la doctrina jurisprudencial, que el hecho de la existencia de un expediente de regulación de empleo puede ser una mera apariencia jurídica para eludir el resultado de una subrogación en la titularidad de una empresa, aun cuando haya mediado indemnizaciones y prestaciones por desempleo. **GIL Y GIL**. *La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el art. 44 ET*, *op. cit.*, nota 3, p. 300 y 301. Por otra parte, el TS ha estimado que el art. 44 TRET no es aplicable a los trabajadores que en el momento de la transmisión tuvieron el contrato en suspenso (STS 20 de enero 1997, RJ 618). Interpretación criticada por la doctrina al entender que es contraria a la “institución suspensiva que consiste en la subsistencia del contrato a pesar de que dejen temporalmente de ejecutarse las recíprocas contraprestaciones de trabajo y remuneración”. **MARTÍNEZ MORENO**. *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*, *op. cit.*, p. 622. Un análisis del término “fecha del traspaso” en **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Sucesión de empresa y sucesión de actividades*, *op. cit.*, p. 11 y ss,

<sup>978</sup> *Vid.* al respecto, **MARÍN CORREA**. *Transmisión de empresas y derecho comunitario. La Directiva 77/87 y el ordenamiento español*. CDJ XXIV, Derecho Social Comunitario, p. 185. En cuanto a las condiciones derivadas de la voluntad individual, **DEL REY GUANTER**. *El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET*, *op. cit.*, p. 335; y **CAMPS RUIZ**. *Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia I y II*. AL 1991 - I, p. 216. *Vid.* también en relación a la interpretación judicial de la no imposición de una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, STS 13 de febrero 1997 (RJ 1265). Teniendo en cuenta que se

Veamos, a continuación, los condicionantes que efectivamente deben concurrir para que el contenido del art. 44 TRET sea aplicable, así como determinados supuestos particulares de transmisión de empresa.

### ***2.2.1.- Los elementos que condicionan la aplicación del art. 44 TRET.***

En suma, en aras a la estabilidad en el empleo, la cuestión principal que debe dilucidarse es el ámbito material de aplicación de la normativa, esto es, el concepto de “empresa”; o más concretamente, cuándo debe entenderse que se ha producido una “transmisión de empresa”. Elemento sobre el que gravita toda la institución y que, por consiguiente, conviene analizar detenidamente. Pues bien, para que haya una transmisión de empresa la jurisprudencia comunitaria y nacional reiteradamente viene exigiendo la concurrencia de dos requisitos: un elemento subjetivo, representado por el cambio de titularidad de la empresa; y un elemento objetivo, consistente en la entrega efectiva de los elementos de la empresa que permitan la continuidad de la actividad empresarial.

---

refiere a los derechos y obligaciones ya consolidados y adquiridos. SSTs 20 de enero 1997 (RJ 618); y 15 diciembre de 1998 (RJ 10509 y 10514). El art. 44 TRET, a partir de la redacción dada por la Ley 12/2001, dispone la conservación de los derechos derivados del convenio aplicable a la empresa cedente (salvo pacto en contrario), estableciendo como únicos límites temporales a su aplicación “la fecha de extinción o expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor de otro convenio colectivo” (párrafo 4). En cuanto a la problemática derivada de la introducción de este nuevo párrafo, *vid.* **GARCÍA ROMERO**. *Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado en el art. 44.4 ET*. ASoc nº 17, 2002, versión digital (BIB 2002\2267); **MORALA GÓMEZ**. *La nueva regulación de la sucesión de empresas*, *op. cit.* (versión digital); **MELLA MÉNDEZ**. *El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa*. REDT, nº 111, 2002; **PRADAS MONTILLA**. *Convenio Colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores*. DL nº 65, 2001 - II; **SEMPERE NAVARRO** y **CAVAS MARTÍNEZ**. *Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa*, *op. cit.* (versión digital); **DEL REY GUANTER**. *El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET*, *op. cit.*, p. 336 a 339; y **DEL REY GUANTER**, **MARTÍNEZ FONS** y **SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 243 y ss. Paralelamente, se incorpora de forma expresa la garantía del mantenimiento de los derechos en materia de seguridad social, con inclusión de los compromisos por pensiones y de cuantías obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere asumido el cedente en los términos previstos en la normativa de aplicación (art. 44.1 TRET). Extremo que excede, notablemente, lo previsto en la normativa comunitaria (art. 4, apartados a y b) y que constituye una de los aspectos más novedosos de la reforma de 2001. **DEL REY GUANTER**, *op. cit.*, p. 332 y 333. No obstante, un sector de la doctrina sostiene que la trasposición de la Directiva es insuficiente, pues, “respecto a las prestaciones de jubilación y supervivencia causadas por titular de prestación de jubilación, la norma española no protege los derechos en curso de adquisición”. **MORALA GÓMEZ**. *La nueva regulación de la sucesión de empresas*, *op. cit.* (versión digital). Por otra parte, el mantenimiento de tales derechos depende de dos factores, pues si la fuente originaria que los regula es un convenio colectivo cabe la posibilidad de que mute con el tiempo; además, el propio art. 44.4 TRET prevé la vigencia limitada del convenio colectivo de los trabajadores afectados por la subrogación. **DEL REY GUANTER**, **MARTÍNEZ FONS** y **SERRANO GARCÍA**, *op. cit.*, p. 239 y 240.

### 2.2.1.1.- Elemento subjetivo: el cambio de titularidad de la empresa.

En cuanto al *elemento subjetivo*, basta cualquier tipo de negocio traslativo o un mero poder de explotación temporal, sin que sea necesaria la existencia de un tracto sucesivo directo, incluso operaciones en dos fases a través de un tercero<sup>979</sup>. Se ha optado por una interpretación finalista o teleológica de la delimitación de la causa de la transmisión<sup>980</sup>. Sólo se exige el cambio de titularidad como hecho, al margen de la causa o forma en que ha tenido lugar<sup>981</sup>. Así, en principio, no existe limitación alguna (jurídico-formal) respecto de los negocios jurídicos que pueden quedar comprendidos dentro del supuesto de hecho del art. 44 TRET.

El cambio de titularidad es un “concepto de gran amplitud que comprende, no sólo las figuras de la cesión, venta o traspaso del negocio – a las que aludía el art. 79 LCT<sup>982</sup> - sino también cualquier negocio jurídico de transmisión “inter vivos”<sup>982</sup>. En sustancia, “la pérdida de

---

<sup>979</sup> SSTs 2 febrero 1988 (RJ 560); y 19 de junio 1989 (RJ 4813). Con carácter previo, la STS 29 marzo 1985 (RJ 1454), siguiendo la doctrina judicial establecida durante la vigencia de la LCT<sup>982</sup> exige la traslación directa. Por su parte la jurisprudencia comunitaria ha admitido que cabe la posibilidad que se realice la transmisión en “dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador”, apartado 31 caso *Temco* (STJCE 24 de enero 2002, TJCE 29). Sentencia que recoge los criterios de las anteriores SSTJCE 11 de marzo 1997, caso *Süzen* (TJCE 45); 15 de junio 1988, caso *Bork* (Asunto 101/1987 Eurlex), relativo a la resolución de un arrendamiento de industria y posterior reanudación poco tiempo después de la explotación tras la adquisición por un tercero; 10 de febrero 1988, caso *Daddy's Dance Hall*, que resuelve un supuesto de sucesión de arrendamientos de industria - un restaurante -, TJCE 95), aunque puede ser un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva (caso *Süzen*, apartado 11). Por otra parte, la jurisprudencia comunitaria ha admitido que para valorar la existencia de una sucesión de empresa no es necesaria la tranferencia de la propiedad de los elementos materiales transmitidos (STJCE 15 de diciembre 2005, caso *Güney-Görres y Demir*, TJCE 406; – sucesión en la adjudicación de un servicio de control de equipajes y pasajeros de un aeropuerto, en el que los elementos materiales de control pertenecen al organismo adjudicador y son los mismos que utilizada la empresa adjudicataria anterior. Un comentario de la misma en, **CAVAS MARTÍNEZ**. *A vueltas sobre el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario*. ASoc n° 22, 2005, versión digital (BIB 2005\2804).

<sup>980</sup> **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 132. En términos similares, **GARCÍA ROMERO**. *Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de “traspaso” y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto “Temco”)*. RDS n° 18, 2002, p. 130; **VALDÉS DAL-RÉ**. *La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales*, op. cit., p. 497; y **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. RL, 1997 - II, p. 1300 y ss.

<sup>981</sup> **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, op. cit., p. 28.

<sup>982</sup> STS 22 de marzo 1988 (RJ 2346). Así, por ejemplo, la venta judicial (STS 15 de julio 2003, RJ 6108); el arrendamiento de local (STS 12 diciembre 2002, RJ 2003\1962); los procesos de concentración de sociedades como fusión y absorción – aunque conlleven su disolución (STS 19 febrero 2002, RJ 4362); la constitución de empresas de economía social (SSTS 16 de noviembre 1992, RJ 8810; 15 de febrero 1993, RJ 1166; 20 de marzo 1993, RJ 1874; 17 de mayo 1993, RJ 4102; descartando la existencia de sucesión *ex art. 44 TRET*, *vid.* SSTs 15 abril 1999, RJ 4408; y [C-A] 19 de julio 2002, RJ 9775); la creación de filiales (STS 27 de octubre 1994, RJ 8531); la sucesión de contratistas (STS 5 de abril 1993, RJ 2906) o en los casos de contrata y reversión del servicio al principal (STS 13 de octubre 1999, RJ 7492) - *vid.* al respecto *infra*. Un análisis jurisprudencial de los diversos supuestos negocios jurídicos subsumibles en la normativa sucesoria en, **GALA DURÁN**. *Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales*, op. cit., p. 567; **GARCÍA TENA** y **ALARCÓN BEIRA**. *Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia I, II y III*, op. cit., p. 999 y ss.; y **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *El concepto de transmisión de empresa en la jurisprudencia española*. RL 2000 - II, p. 521 y ss. No obstante, este criterio flexible encuentra alguna excepción. Así, no se produce sucesión en los supuestos de extinción de las Cámaras de la Propiedad Urbana (STS 23 de septiembre 1997, RJ 6582) ni tampoco en los supuestos de cambio de titular de una notaría (SSTS 13 de junio 1988, RJ 5273; y 6 de marzo 2000, RJ 2602). Ambos supuestos quedan excluidos del ámbito del art. 44 TRET porque no existe propiamente una transmisión, dado que, en el primer supuesto, simplemente se suprimieron, en virtud del Decreto-Ley 8/1994; y, en el segundo, porque no se produce un traspaso de elementos patrimoniales al nuevo titular porque el protocolo notarial es propiedad del Estado. Por otra parte, la adquisición de las acciones de una empresa por otra no puede equipararse con la absorción que implica la



función definatoria de la causa o modo de transmisión ha hecho que el acento se ponga en el concepto de empresa, centro de trabajo o parte “separable” de una y otro”<sup>983</sup>; todo depende, en último caso, de si se transmite de un modo lícito una *entidad económica* y mantenga su identidad una vez traspasada.

La referencia normativa a la “entidad económica” de lo transmitido (art. 44.2 TRET), conlleva una superación de la concepción estrictamente patrimonialista, pudiéndose aplicar en supuestos de transmisión de elementos de carácter inmaterial y de alto “valor económico”<sup>984</sup>.

---

extinción de la sociedad absorbida (STS 19 de enero 1987, RJ 65). Tampoco se estima que hay transmisión de empresa si se produce una simple adquisición de acciones o participaciones porque el cambio en la estructura del empresario persona jurídica no ha implicado un cambio del titular formal (SSTS 29 septiembre 1994, RJ 9245; y 30 abril 1999, RJ 4660 – *cit.* **DESDENTADO BONETE**. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 244). *Vid.* al respecto, **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 139 y 140; **CAMPS RUIZ**. *Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia I y II*, *op. cit.*, p. 206 a 208; **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 223 y 224. Salvo que, como apunta MORENO GENÉ, haya ido acompañada de la transferencia de elementos materiales y personales “de modo que se ponga de manifiesto la voluntad del empresario adquirente de las acciones y participaciones de asumir la actividad de la empresa participada, pero sin asumir las cargas que conlleva aparecer como sucesor de la misma” (STSJ País Vasco 19 de diciembre 1995, AS 4763). No obstante, la doctrina se plantea si el art. 44 TRET es aplicable a otros supuestos de adquisición de acciones y participaciones que no escondan ningún ánimo fraudulento, aunque por el momento parece poco probable. **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 40 a 43. Al respecto, **DEL REY GUANTER**, estima que el mero cambio de titularidad de las acciones de las empresas accionistas constituye el supuesto excluido más importante por la frecuencia que ha adquirido en el mercado. **DEL REY GUANTER**. *El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET*, *op. cit.*, p. 332.

<sup>983</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *op. cit.*, p. 650.

<sup>984</sup> **LÓPEZ ANIORTE**. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*. Ediciones Laborum. Murcia, 2003, p. 106 y 107. Por otra parte, la Directiva 2001/23/CE a la hora de definir su ámbito de aplicación, incluye a las empresas públicas que ejerzan una actividad económica y a las empresas sin ánimo de lucro (art. 1.c). Criterio que tiene su origen en la STJCE 8 de junio 1994 (TJCE 96), en virtud de la cual se declara el incumplimiento de determinados aspectos de la Directiva en la trasposición realizada por el Reino Unido a través de la *Transfer Regulations* de 1981 (*vid.* **VALDÉS DAL-RE**. *La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales*, *op. cit.*, p. 499, 508 y ss.). En el mismo sentido, SSTJCE 26 de septiembre 2000, caso *Mayeur* (TJCE 212), apartado 40; 19 de mayo 1992, caso *Stichting* (TJCE 99); y 10 de diciembre 1998, caso *Sánchez Hidalgo* (TJCE 309), relativo a la sucesión en una adjudicación de un servicio administrativo, dirigido a la ayuda a domicilio de personas en situación de necesidad. Aunque conviene precisar que la Directiva no se aplicará cuando se produzca una reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas, *ex art.* 1.c) de la Directiva (criterio que tiene su origen en la STJCE 15 de octubre 1996, caso *Henke*, apartado 14, TJCE 182). A no ser, como apunta GÓMEZ ÁLVAREZ, que la competencia o actividad transferida fuera acompañada de los medios necesarios y suficientes y por lo tanto mantuviera su identidad económica. **GÓMEZ ÁLVAREZ**. *Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles*, *op. cit.*, p. 394. El art. 44 TRET, no obstante, no contiene mención alguna al respecto. En este sentido, se entiende que en los casos en los que la Administración contrata a personal en régimen laboral, actúa como empresario, y por ende, queda sometido a la normativa laboral (*vid.* STS 4 de julio 2000, RJ 6896; STSJ de Aragón 30 mayo 2001, AS 2115). En lo relativo a las reorganizaciones administrativas y traspasos de funciones debe entenderse que ante el silencio de la norma, el art. 44 TRET es aplicable (siempre y cuando, claro está, concurren los requisitos legalmente fijados, entre otros, STS 9 de julio 1991, RJ 5879). En concreto, el traspaso de competencias entre la Administración del Estado a las Comunidades se ha entendido comprendido dentro del ámbito del art. 44 TRET (SSTS 22 de octubre 1987, 29 de junio y 20 de septiembre 1994, RJ 7185, 5502 y 7166); así como el traspaso de una actividad del sector privado al público, como en el supuesto de las Ikastolas (por todas, STS 29 de septiembre 1999, RJ 7541). Ahora bien, la sucesión acontece a no ser que una norma lo excluya específicamente (como, por ejemplo, la Disposición Adicional 1ª de la Ley del Proceso Autonómico, con respecto a la transferencia de competencias del Estado a las CCAA). *Vid.* al respecto, **TRONCOSO y REIGADA**. *Algunos problemas que suscitan las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas*. REDT nº 46, 1991, p. 287 a 289; y GÓMEZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 403 y ss. En el supuesto de la asunción por parte de la Administración de los servicios de recaudación no se ha aplicado el art. 44 TRET por entender que no se había transferido los elementos

Repárese también que no es preciso, como antaño, que para la aplicación de la normativa sucesoria haya una continuación de la actividad empresarial. Basta que sea posible esa continuación, aunque luego no se haga efectiva. De otro modo, la subrogación estaría supeditada a la mera voluntad del adquirente, pudiendo dar pie a operaciones de fraude<sup>985</sup>.

Sin embargo, es importante advertir, siguiendo a un sector de la doctrina, que la expresión “cambio de titularidad”, si bien ha resultado suficiente para abarcar las diversas operaciones que generaba el tráfico jurídico, en la actualidad, “por su simplicidad y exceso formalista, presenta importantes problemas para gobernar correctamente todos los supuestos que desde un plano analítico y circunstanciado se presentan”<sup>986</sup>. Al sistema de sucesión empresarial se le achaca que está pensado para la transmisión de una unidad empresarial o infraempresarial, pero al omitir una referencia explícita a realidades más amplias, como por ejemplo el grupo de empresas, puede dejar prácticas jurídico-económicas fuera de su ámbito de aplicación<sup>987</sup>. Por otra parte, se ha optado por integrar los procesos de descentralización en el

---

patrimoniales exigidos por el precepto (SSTS 13 de marzo 1990 y 10 de junio 1991, Ar. 2069 y 5141); en relación a la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana e integración en la Administración del Estado, se ha entendido que no se ha producido una transmisión (STS 23 de septiembre 1997, RJ 6582). En cambio, el art. 44 TRET no es aplicable en las sucesiones de empresa sobre el personal no laboral al servicio de la Administración, pues quedan excluidos en virtud del art. 1.3 ET (*vid.* STSJ de Cantabria 25 de febrero 1993, AS 664 - *cit.* MORENO GENÉ. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 33). Exclusión que se ha extendido (con la objeción de un sector doctrinal – MORENO GENÉ) a los supuestos en los que se ha producido un cambio en el régimen jurídico de los trabajadores como consecuencia de la sucesión (STSJ de Andalucía/Sevilla 13 de octubre 1998, AS 3840). Ahora bien, como recoge MORENO GENÉ, la duda que se suscita actualmente es si, ante la omisión del art. 44 TRET y el contenido expreso de la Directiva, debe procederse a una adaptación a tales exclusiones. MORENO GENÉ, *op. cit.*, p. 37. No obstante, la STS [C-A] 20 de abril 2005 (RJ 4068), mantiene que las exclusiones previstas en la Directiva no son aplicables en el Derecho español, pues el art. 44 TRET es la adaptación de dicha normativa y el TS debe sujetarse a su texto. Por otra parte, la Directiva 2001/23/CE sólo habla de “cesiones contractuales o fusiones”. Por consiguiente, quedan excluidas aquellas transmisiones que no puedan calificarse como contractuales (o fruto de una convención), esto es, las transmisiones *mortis causa*, por carecer “de una manifestación contractual expresamente suscrita al efecto entre el cedente y cesionario”, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los supuestos de cesión *mortis causa*. RENTERO JOVER. *Derecho social comunitario y sucesión de empresas*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\996); y SALA FRANCO. *Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y Derecho español*. AL 1987 - II, p. 1755. Aunque en este supuesto, sobre la base de la regulación nacional, debe entenderse aplicable el art. 44 TRET siempre y cuando el sucesor haya decidido continuar con la actividad empresarial. En caso de que quisiera cesar en la actividad, y se tratase de una persona jurídica, deberá acudir al régimen previsto en el art. 51 TRET o bien 52 TRET, en función del criterio numérico-temporal; en cambio si se trata de una persona física, si el sucesor no quisiera continuar con la actividad, simplemente se deberá abonar 1 mes de salario (art. 49.1 g TRET). Sin embargo, es preciso destacar que el régimen de responsabilidad establecido en el art. 44.3 TRET no se extiende a los supuestos de transmisión *mortis causa*. Por otra parte, en la medida que la venta judicial tiene naturaleza forzosa, tampoco quedaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 1755. En lo relativo a los procedimientos concursales se establece un régimen dispositivo en virtud del cual los Estados pueden excepcionar con mayor o menor intensidad el régimen jurídico previsto para la transmisión de empresas (*vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.4 del Apartado C del Capítulo IV – Primera Parte).

<sup>985</sup> GALA DURÁN. *Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 565. Como se ha analizado, durante la vigencia de la LCT<sup>31</sup>, primero, y de la LCT<sup>44</sup>, después, según la jurisprudencia la operatividad de la normativa sucesoria quedaba supeditada al requisito de la continuidad de la actividad empresarial, pese a que dicho condicionante no se exigía expresamente en la norma (*vid. supra*).

<sup>986</sup> MOLINA NAVARRETE. *El “último” capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio*. RTSS-CEF, n° 221-222, 2001, p. 126. *cit.* MORENO GENÉ. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 49 y 50; y RIVERO LAMAS. *Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>987</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO. *La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas*, *op. cit.*, p. 126. En términos similares, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ apunta que la aplicación del art. 44 TRET da pie a soluciones paradójicas, pues, declara la inexistencia de una transmisión en supuestos perseguidos por los

régimen de figuras jurídicas ya conocidas, como por ejemplo, la transmisión de empresas, “instrumentales a la externalización más que mediante la consideración del *outsourcing* como fenómeno separado de esas realidades preexistentes”<sup>988</sup>.

Lo que no deja de ser una consecuencia de la herencia de la LCT<sup>31</sup> y de la sujeción de la normativa actual a los parámetros conceptuales que originaron la creación de estas normas. En este sentido, GONZÁLEZ BIEDMA (analizando el art. 44 ET<sup>80</sup>) afirma que “hay pocos indicios de que hayan tenido presente otro contexto distinto, otra finalidad, otras circunstancias diversas a las existentes en el año 1931”, lo que, en su opinión, debe motivar la adaptación de la normativa subrogatoria a las nuevas tendencias del Derecho del Trabajo, porque no se adecuan bien a la función o a la forma en las que se desarrollan hoy en día los cambios de titularidad<sup>989</sup>.

Como solución a estas carencias se han propuesto dos medidas. Por un lado, una reinterpretación del concepto “cambio de titularidad”, más flexible que permita equipararlo con una determinada ‘posición de control’ respecto del bien – empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma -, de manera que la ‘transmisión de esta posición de control’ sea precisamente la que constituya el elemento suficiente, pero al mismo tiempo necesario, para desencadenar los efectos previstos por la normativa sucesoria para los supuestos de ‘cambio de titularidad’<sup>990</sup>. Y, paralelamente, una modalización de los efectos jurídicos que se derivan de su aplicación, esto es, una graduación en función de las peculiaridades de la operación<sup>990</sup>.

### ***2.2.1.2.- Elemento objetivo: transmisión de una entidad económica.***

En cuanto al *elemento objetivo*, la Ley 12/2001 ha introducido algunos cambios en la redacción del art. 44 TRET, transcribiendo (casi literalmente) al art. 1.b de la Directiva 2001/23/CE. Concretamente, se ha establecido que “a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una

---

trabajadores (sucesión de contratas) y en cambio se declara la existencia en otros en los que la niegan (lo que ocurre en segregaciones de parte de una actividad empresarial – *cit.*, entre otras, STS 27 de octubre 1994, RJ 8531; SSAN 4 de octubre 1993, RJ 5617; y 12 de marzo 1998, RJ 1013). **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.** *El concepto de transmisión de empresa en la jurisprudencia española, op. cit.*, p. 521 a 524. *Vid.* también, STSJ Cataluña 27 de abril 2004 (AS 1748).

<sup>988</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *Descentralización productiva, contratas y despido por causas organizativas, op. cit.*, p. 408.

<sup>989</sup> **GONZÁLEZ BIEDMA.** *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 36. En términos similares, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER.** *Descentralización productiva y sucesión de empresas, op. cit.*, p. 212.

<sup>990</sup> **MORENO GENÉ.** *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa, op. cit.*, p. 50 y 51. *Vid.* también, **BARREIRO GONZÁLEZ.** *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna, op. cit.*, p. 173. En términos similares, **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ** asevera que, en los supuestos de segregación de partes de actividad empresarial, en los que la empresa, pese a estar organizada de modo diferente, sigue siendo esencialmente la misma, sólo que organizada en forma de grupo o red, sería conveniente que no se centrara la atención en quién adquiere la posición (formal) de empresario con respecto a los trabajadores afectados. Pues, en estos casos, no se produce un cambio material de la titularidad, dado que “quien antes era el titular del capital social sigue siendo su titular, aunque se haya creado una nueva persona jurídica destinataria de él”. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.** *El concepto de transmisión de empresa en la jurisprudencia española, op. cit.*, p. 523 y 524.

entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

Redacción que, desde la perspectiva del Derecho español, a la postre resulta meramente aclaratoria, pues la jurisprudencia venía exigiendo que “los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente”<sup>991</sup>. En suma, la entidad económica se refiere a un “conjunto organizado de elementos que presenta una autonomía funcional o aptitud productiva”<sup>992</sup>. Concepto que, en síntesis, se identifica con el término “unidad productiva autónoma”, *ex art. 44 TRET*<sup>993</sup>.

En términos similares, la normativa comunitaria, siguiendo las interpretaciones del TJCE, ha establecido que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión consiste en saber si la entidad económica de que se trata conserva su *identidad*<sup>994</sup>. Concepto referido a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una

---

<sup>991</sup> STS 23 de septiembre 1997 (RJ 6582). En términos similares, SSTs 15 de abril 1999 (RJ 4408); y 25 de febrero 2002 (RJ 6235); [C-A] 4 de febrero 2003 (RJ 1144). La doctrina también ha estimado la escasa repercusión de este cambio legislativo. *Vid.* al respecto, **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>992</sup> **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 1305.

<sup>993</sup> Como recoge **MOLINA NAVARRETE**, existe un “espacio de autonomía jurídica para el concepto de ‘unidad productiva autónoma’ respecto al concepto de ‘centro de trabajo’”. Mientras que éste se identificaría como una “unidad técnica de producción”; aquél se “mostraría como ámbito organizativo de un complejo económico-empresarial más vasto, con una propia identidad y autonomía tanto desde un punto de vista ‘económico-estructural’ como desde el finalista o resultado productivo”. Sin embargo, la utilización de la expresión “unidad productiva autónoma” no se refiere a una determinada y cristalizada realidad organizativa empresarial, sino que ilustra una “fracción del complejo organizativo empresarial, cuyos confines y cuyo significado, dentro de ciertos límites y perspectivas de alcance más general, varían en relación al contenido receptivo y a la *ratio* de las normas que lo utilizan”. **MOLINA NAVARRETE**. *El problema de la identificación del concepto de “unidad productiva autónoma” ex art. 44: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos*, *op. cit.*, p. 53 y 60. No obstante, si se fuera muy riguroso con la exigencia de que el objeto de la transmisión sea efectivamente una unidad productiva organizada con capacidad para ser explotada de forma autónoma e independiente, en los supuestos de *filialización*, en tanto que la empresa resultante mantiene importantes vínculos con la empresa originaria, no sería de aplicación el art. 44 TRET. Para evitar este resultado, se ha acudido a una interpretación flexible de este requisito (STS 27 de octubre 1994, RJ 8531; y 10 de diciembre 1997, RJ 1998\736; y SAN 21 de mayo 1998, RJ 2357), por lo que “no se exige que en el momento inmediatamente anterior al cambio de titularidad hubiera una absoluta autonomía de esa unidad”. Lo que resulta “verdaderamente esencial es la existencia de una unidad productiva diferenciada, susceptible de segregación para operar de un modo autónomo aunque para ello precise de apoyos complementarios”. **RODRÍGUEZ ESCANCIANO**. *La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas*, *op. cit.*, p. 129 y 130. Es más, se afirma que lo “transmitido sea el soporte de una actividad diferenciada y autónoma, o simplemente susceptible de funcionamiento autónomo: la autonomía pedida por la ley podría ser, de este modo, una mera autonomía posible, potencial o de futuro, ‘capacidad de ser objeto de explotación aislada’, ‘susceptible de poder disgregarse de la empresa y actuar de un modo autónomo’”. **BARREIRO GONZÁLEZ**. *Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna*, *op. cit.*, p. 172. *Vid.* también, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Filialización. Grupos de empresa*. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000, p. 642 y ss.; y, entre otras comunicaciones, **BELTRÁN MIRALLES**. *Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas*. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, *op. cit.*, p. 692 y ss.; y **MORENO GENÉ**. *Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización*. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, *op. cit.*, p. 705 y ss.

<sup>994</sup> STJCE 18 marzo 1986, caso *Spijkers* (TJCE 65).

actividad económica que persigue un objetivo propio<sup>995</sup>. En cuanto al mantenimiento de la identidad de la entidad económica se deduce, en términos generales, si el nuevo empresario continúa efectivamente con la explotación o de que éste se reanude<sup>996</sup>. En consecuencia, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada<sup>997</sup>. Así, la simple transferencia de una actividad o una función no acompañada de medios organizados no puede ser tipificada como transmisión a efectos de la Directiva.

En sustancia, el principal problema que se ha planteado en relación a la transmisión de empresas ha surgido en los supuestos en los que el soporte material, el activo (material o inmaterial) de la empresa transmitida, es escaso o inexistente (situación especialmente presente en los supuestos de contratas y concesiones administrativas de servicios de limpieza y seguridad, etc.)<sup>998</sup>.

La progresiva importancia que ha adquirido la descentralización productiva como medio de organizar la actividad empresarial ha otorgado a esta cuestión gran trascendencia jurídica<sup>999</sup>. En definitiva, lo que subyace en esta cuestión es la discusión relativa al concepto de entidad económica que debe quedar comprendido dentro del ámbito de aplicación del precepto: o bien un concepto de “empresa-actividad”, en la que se produce una simple

---

<sup>995</sup> STJCE 11 de marzo 1997, caso *Süzen* (TJCE 45). Criterio recogido posteriormente en el texto de la Directiva 2001/23 (art. 1.1.b); y que ha sido incorporado en el apartado segundo del art. 44 ET.

<sup>996</sup> SSTJCE 18 de marzo 1986, caso *Spijkers* (TJCE 65); 19 de mayo 1992, caso *Stichting* (TJCE 99), que entiende que existe una sucesión entre dos fundaciones encargadas del tratamiento de toxicómanos a raíz de una reasignación de la subvención otorgada por el Estado; 2 de diciembre 1999, caso *Allen* (TJCE 286), relativo a una sucesión de contratas en los trabajos de una mina.

<sup>997</sup> STJCE 19 de septiembre 1995, caso *Rygaard* (TJCE 154), en virtud del cual se contrata de una sociedad para que termine la ejecución de una determinada obra. Resolución que establece un criterio restrictivo del ámbito de aplicación de la Directiva (con la finalidad de contener la extensión del ámbito de aplicación de la normativa), dado que se exige la estabilidad de la actividad económica, que debe permanecer a pesar de la sucesión empresarial. Criterio que, no obstante, casa difícilmente con el carácter tuitivo de la normativa comunitaria. **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, op. cit., p. 1313 y 1314.

<sup>998</sup> De hecho, como pone de manifiesto GARCÍA ROMERO, pese a que la reforma del art. 1 de la Directiva ha pretendido zanjar la polémica distinción entre “entidad económica” y “actividad”, lo cierto es que la amplitud de los términos empleados (recuérdese, entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria) lejos de lograr el propósito aclaratorio, sigue fomentando la disidencia de los órganos judiciales internos. **GARCÍA ROMERO**. *Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de “traspaso” y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto “Temco”)*, op. cit., p. 132.

<sup>999</sup> Conflicto que ya se había planteado en la jurisprudencia española, no sólo durante la vigencia del ET’80, sino también durante la vigencia de la normativa preconstitucional. Admitiendo la aplicación de la normativa de subrogación de empresas en supuestos de sucesión de contratas, *vid.* (entre otras) STS 17 de octubre 1983 (RJ 5161); SSTCT 11 de mayo 1977 (RTCT 2648); y 6 de diciembre 1983 (RJ 10565). Aunque con posterioridad se impondría un criterio jurisprudencial contrario a su admisión, *vid.* STC nº 66, 21 de mayo 1987 (RTC 66); y SSTCT 29 de enero; y 17 de marzo 1987, *cit.* **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 115 y 116. Un análisis jurisprudencial durante la vigencia de la LCT’44 en **MONEREO PÉREZ**. *Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades*. RL 1986 - II, p. 64 y ss; *vid.* también, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa*. RL 1996 - II, p. 21 y ss.

transmisión del elemento funcional de la empresa<sup>1000</sup>; o bien la “empresa-organización”, en la que se exige la transmisión de activos<sup>1001</sup>.

Según el primero de los criterios (“empresa-actividad”), más amplio, la mera continuidad en la actividad constituye elemento suficiente para la transmisión de empresas, sin que sea necesaria la transmisión de elementos organizativos, materiales o inmateriales, “bastando con apreciar la continuidad de la actividad”<sup>1002</sup>.

Según el segundo (“empresa-organización”), el traspaso de la mera actividad, no supone, *per se*, una transmisión de la entidad económica si no va acompañada de la traslación de la base organizativa necesaria para desarrollarla<sup>1003</sup>. Criterio éste último más acorde con la interpretación mantenida recientemente y de forma reiterada por el Tribunal Supremo<sup>1004</sup>, frente al de la jurisprudencia comunitaria que ha tenido una evolución pendular<sup>1005</sup>. Por ello, el análisis debe plantearse en dos planos: (2.2.1.2.1.-) *comunitario*; y (2.2.1.2.2.-) *nacional*. Aspecto especialmente relevante, por cuanto que describe dos sistemas diferenciados de protección del empleo.

---

<sup>1000</sup> “La ‘empresa’ se concibe como ejercicio profesional de una actividad organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios; como actividad del empresario, que puede ser objeto de transmisión”. **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, nota 7, p. 1301.

<sup>1001</sup> “(...) el concepto jurídico de empresa debe coincidir con el económico, la empresa se define como el conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, posee como finalidad la explotación de una actividad económica. La empresa es, por tanto, fruto de la actividad creadora y organizativa del empresario y, a la vez, instrumento por medio del cual éste realiza una determinada actividad económica. Los elementos personales, materiales e inmateriales que la integran están estrechamente unidos por la organización y por la finalidad económica que persigue el conjunto de todos sus elementos”. **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, nota 8, p. 1302.

<sup>1002</sup> **VALDÉS DAL-RÉ**. *Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) I y II*. RL 2000 - II, p. 116.

<sup>1003</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial*, *op. cit.*, p. 1241.

<sup>1004</sup> Por todas, SSTS 11 de abril y 22 de mayo de 2000 (RJ 3946 y 4624); y 23 de julio 2003 (RJ 6113). Un análisis pormenorizado de la evolución oscilante de la jurisprudencia en relación a la evaluación de la sucesión de contratistas como un supuesto de transmisión de empresa hasta principios de los años 90 (en concreto, la STS 5 de abril 1993, RJ 2906), *vid.* **GONZÁLEZ BIEDMA**. *Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios*, *op. cit.*, p. 261 a 281. En cuanto a la evolución posterior, *vid.* **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 1321 a 1327; y **MARTÍNEZ MORENO**. *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*, *op. cit.*, p. 607 y ss.

<sup>1005</sup> Por su parte la doctrina tradicionalmente ha optado por una consideración de la empresa como organización. **GONZÁLEZ BIEDMA**. *Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios*, *op. cit.*, p. 248 y 249; **VALDÉS DAL-RÉ**. *Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) I y II*, *op. cit.*; **SERRANO OLIVARES**. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 1306; **LLANO SÁNCHEZ**. *Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones*. *Comentario a la STS (UD) 29 de febrero 2000*. AL nº 33, 2000, p. 3359. En sentido contrario, **MARTÍNEZ MORENO**. *Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación*, *op. cit.*, p. 607 y ss.

### 2.2.1.2.1.- La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia comunitaria.

En los supuestos en los que el valor del activo material o inmaterial de la actividad controvertida es relativamente elevado no se aplicará la Directiva, a menos que se transmita al nuevo adjudicatario una parte relevante del mismo<sup>1006</sup>. En cambio, en los supuestos en los que la relevancia de los elementos materiales o inmateriales es escasa, las resoluciones del TJCE han oscilado para la determinación de la aplicabilidad de la Directiva entre la calificación de la empresa como mera actividad y la empresa como organización. En tales casos, debe valorarse si la actividad empresarial constituye una entidad económica, para lo cual es preciso realizar una valoración en función de los criterios orientativos apuntados anteriormente<sup>1007</sup>. De entre los

---

<sup>1006</sup> Por ejemplo, el TJCE ha sostenido que la Directiva no puede aplicarse en una sucesión de una contrata de servicio de transporte de autobús, si no existe una transmisión de elementos patrimoniales significativos entre el antiguo y el nuevo concesionario, puesto que el elemento patrimonial es esencial para el desarrollo del mismo, aunque se hubiera contratado trabajadores del antecesor por el nuevo adjudicatario. STJCE 25 de enero 2001, caso *Liikenne* (TJCE 22). En términos similares, en un supuesto de restauración colectiva de un hospital, basta que se transmitan los elementos materiales, aunque no se asuma la mano de obra, para que se entienda producida una transmisión en los términos de la Directiva. STJCE 20 de noviembre 2003, caso *Abler* (TJCE 386), apartado 36.

<sup>1007</sup> *Vid* nota *supra*. En cuanto a la identidad de la actividad como criterio orientativo para determinar la continuidad de la entidad, a pesar de que en el caso *Schmidt* (STJCE 14 de abril 1994, TJCE 54) se afirma que “la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión (...) constituye un elemento característico” de una operación comprendida dentro del ámbito de la Directiva (apartado 17), en la Sentencia del caso *Süzen* (STJCE 11 de marzo 1997, TJCE 45) se afirma precisamente lo contrario pues, “la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone” (apartado 15). Criterio confirmado posteriormente en el caso *Hernández Vidal* (STJCE 10 de diciembre 1998, TJCE 308) - apartado 30 - y en el caso *Mayeur* (STJCE 26 de septiembre 2000, TJCE 212) - apartado 49 - relativo a la reversión de un servicio de difusión cultural al principal. En cuanto a la duración de la suspensión, la jurisprudencia del TJCE ha adoptado un criterio flexible. Así, ha manifestado la aplicación de la Directiva a un supuesto de un restaurante que había cerrado, dado el carácter estacional de los servicios prestados (STJCE 17 de diciembre 1987, caso *Ny Moelle Kro*, Asunto 287/1986 Eurlex – un comentario de las repercusiones de dicha sentencia, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER**. *La Directiva 77/187 CEE y la extinción del arrendamiento de empresa, La subsistencia de la empresa y de los contratos laborales y la Directiva 77/187*; y *Sucesión de empresas, empresas de temporada y continuidad del convenio colectivo*. RL 1988 - I) y sobre todo porque la entidad económica transmitida mantenía la identidad; o también si la interrupción es temporal (STJCE 15 de junio 1988, caso *Bork*, Asunto 101/1987 Eurlex). Finalmente, en relación a la transmisión de clientela el TJCE ha afirmado que “la transmisión o no de la clientela entre el cedente y el cesionario no es sino uno de los elementos que deben ser tenidos en cuenta para apreciar la existencia de una transmisión” (apartado 31 STJCE 2 de diciembre 1999, caso *Allen*, TJCE 286). Por lo tanto, debe valorarse en primer lugar si se ha producido una transmisión de la clientela, y en segundo lugar la relevancia de la misma, lo cual dependerá, lógicamente de las circunstancias específicas de cada caso. Así, por ejemplo, en el ámbito de los transportes urbanos “es cierto que, si un procedimiento de adjudicación, como el controvertido en el litigio principal, establece que el nuevo concesionario asumirá los contratos en curso con la clientela, o si puede considerarse que la mayor parte de la clientela es cautiva, procede no obstante estimar que existe transmisión de clientela” (STJCE 25 de enero 2001, caso *Liikenne*, TJCE 22, apartado 41; y 20 de noviembre 2003, caso *Abler*, TJCE 386, apartado 36), aunque no se trata de un elemento esencial, sino que debe ponderarse con el resto de circunstancias. Por ejemplo, en este caso, no es suficiente para apreciar la existencia de una transmisión, porque precisamente falta el traspaso de los elementos materiales, los cuales, como ya se ha comentado, son esenciales para el tipo de actividad económica que se desarrolla. En cambio, en la STJCE de 7 de marzo 1996, caso *Merckx y Neuhuyjs* (TJCE 41), relativo que un supuesto en el que una empresa titular de una concesión de venta de vehículos automóviles para un determinado territorio cesa su actividad y la concesión se transmite entonces a un otra empresa, a pesar de que no se da ninguna garantía en cuanto al mantenimiento de la clientela, se entiende que existe una transmisión a los efectos de la Directiva puesto que el nuevo adquirente “se beneficia de la promoción comercial desarrollada con la clientela, sin que se transmitan elementos del activo” (apartado 32). En el caso *Abler* (apartado 36), se entiende que el traspaso de la clientela (cautiva en este caso) es un elemento que, junto con el traspaso de elementos materiales, corrobora la transmisión de empresa. *Cfr.* **GÓMEZ ABELLEIRA**. *Cambio de*

cuales, el que adquiere una mayor relevancia es el relativo a la asunción por parte del nuevo contratista o adjudicatario del personal del anterior.

Tras el ‘sobresalto’ que suscitó el criterio seguido en el caso *Schmidt*, adoptando un concepto de empresa-actividad<sup>1008</sup>, el TJCE procedió a su modalización, reconduciéndolo hacia la concepción de la empresa-organización<sup>1009</sup>. En el caso *Suzen* (aunque con escasa claridad, como se verá), relativa a una sucesión de contratistas del servicio de limpieza de un hospital, se exige para la aplicación de la Directiva la transmisión de “elementos significativos del activo material o inmaterial o de una parte esencial de los trabajadores, en términos de número y competencia, entre la primera y la segunda contratista”<sup>1010</sup>. Criterio confirmado posteriormente en los casos *Hernández Vidal* y *Sánchez Hidalgo*<sup>1011</sup>, al afirmar que “el concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”<sup>1012</sup>.

El problema, no obstante, permanecerá en aquellas actividades en las que los elementos materiales son prácticamente irrelevantes o de escasa entidad (como, por ejemplo, los servicios de limpieza, jardinería, vigilancia y seguridad, etc.). Como recoge DESDENTADO BONETE, el TJCE en el caso *Suzen* sigue manteniendo que (considerando 21) “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una ‘actividad económica’”. Por lo que, superada la divergencia en ‘las sucesiones de actividad’, surge una nueva discrepancia en ‘las sucesiones de plantilla’<sup>1013</sup>.

Así, en otro supuesto de sucesión de contratistas del servicio de limpieza, el TJCE en el caso *Temco*<sup>1014</sup>, a partir de los argumentos de las sentencias precedentes, matiza de un modo considerable el criterio sostenido hasta la fecha, atribuyendo una gran relevancia al convenio

---

*contratista y sucesión de empresas, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. AL, nº 16, 2002 (versión digital).

<sup>1008</sup> STJCE 19 de mayo 1992, caso *Stichting* (TJCE 99). Al respecto, un sector de la doctrina, entiende que la extensión del criterio adoptado en la mencionada sentencia, debe ser relativizado en la medida en que el TJCE no altera los criterios de decisión, sino que simplemente se limita a reinterpretarlos en función de las características específicas de la actividad de que se trata, “sin pretensión de extensión de tal conclusión [concepto de empresa-actividad] a todo tipo de empresa o centros de actividad”. SERRANO OLIVARES. *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, op. cit., p. 1312.

<sup>1009</sup> Una exposición del iter seguido por el TJCE al respecto en, HERNÁNDEZ MARTÍN. *Las contratistas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\245).

<sup>1010</sup> Apartado 23. Además, “la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva (apartado 16).

<sup>1011</sup> SSTJCE 10 de diciembre 1998 (TJCE 308 y 309). Relativa, la primera, a la rescisión de una contrata de limpieza asumida directamente por la principal. Un comentario del caso *Hernández Vidal* y de su trascendencia en el sector de la limpieza en España, en CABEZA PEREIRO. *Las perspectivas de los trabajadores de contratistas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal*. AL nº 32, 1999, p. 601 y ss.

<sup>1012</sup> Apartados 35 y 34 respectivamente.

<sup>1013</sup> DESDENTADO BONETE. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, op. cit., p. 252.

<sup>1014</sup> STJCE 24 de enero 2002 (TJCE 29).



colectivo aplicable al sector. Interpretación que ha hecho “resurgir cierto ambiente de divorcio entre los órganos judiciales internos y comunitario”<sup>1015</sup>. Concretamente, el TJCE reitera que “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera un actividad común puede constituir una entidad económica”<sup>1016</sup>. Si un nuevo contratista asume un grupo importante de trabajadores en términos cuantitativos y cualitativos del anterior (por ejemplo, porque así lo determine el convenio colectivo o lo impongan las condiciones de la adjudicación administrativa), constituye un elemento suficiente como para entender que existe una entidad económica, por lo que puede incardinarse en el ámbito de aplicación de la Directiva<sup>1017</sup>. Criterio que, como se analizará a continuación, repercutirá sustancialmente en la doctrina jurisprudencial asentada en España.

#### ***2.2.1.2.2.- La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia y en la doctrina judicial nacional.***

La jurisprudencia española tradicionalmente ha sostenido una tesis esencialmente *organicista*, exigiendo como condición *sine qua non*, para que se entienda que se ha producido una transmisión de empresa, el traspaso de elementos organizativos<sup>1018</sup>. Aunque, recientemente,

---

<sup>1015</sup> **CABEZA PEREIRO**. *La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE*. STJCE, de 24 de enero de 2002. AL, nº 14, 2002 (versión digital).

<sup>1016</sup> Apartado 26. Cfr. **CABEZA PEREIRO**. *La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE*. STJCE, de 24 de enero de 2002, *op. cit.* (versión digital); y **GÓMEZ ABELLEIRA**. *Cambio de contratista y sucesión de empresas, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1017</sup> En términos similares, STJCE 20 de noviembre 2003, caso *Sodexo* (TJCE 386), se sostiene que no es precisa una transmisión de elementos patrimoniales, si no que basta con la mera asunción por el nuevo empresario de una parte del personal del antiguo, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial. Aunque, con alguna matización, porque en este supuesto (sucesión en el servicio de restauración de un hospital) “no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes” (un supuesto similar resuelto por los Tribunales españoles, SSTSJ Madrid 17 de mayo 2005, núm. 382 y 388, JUR 156066 y AS 1522). De todos modos, este criterio ha sido criticado porque suscita un problema técnico para determinar cuándo la parte de la plantilla supuestamente transmitida resulta significativa. **DESDENTADO BONETE**. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>1018</sup> Postura que, como recoge **DESDENTADO BONETE**, ha sido criticada por un sector de la doctrina por entender que responde a una concepción arcaica y materialista de la empresa y que el “criterio jurisprudencial ha petrificado un modelo industrial de empresa que ya está superado y que no responde a las exigencias de una economía que se ‘desmaterializa’ a través del predominio de los intangibles”. Sin embargo, como recoge el propio autor, puede objetarse que el criterio del TS “no prejuzga la pretendida alternativa entre la concepción ‘materialista’ o ‘espiritualista’ de la empresa y que consiste en establecer que la transmisión ha de referirse a un conjunto de elementos *patrimoniales* susceptibles de explotación unitaria, y ya se sabe que lo patrimonial –conjunto de bienes y obligaciones que corresponden a la esfera jurídica de una persona – comprende tanto lo material, como lo inmaterial”. Por otra parte, apunta que los litigios no han afectado a actividades de vanguardia de la economía postindustrial, sino a servicios preindustriales. **DESDENTADO BONETE**. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 250 y 251. En contra, **MONEREO PÉREZ**. *Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades*, *op. cit.*, p. 60 y 61; y *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, *op. cit.*, p. 41 a 43. De hecho, un sector de la doctrina entiende que, en

este criterio ha sufrido un cambio sustancial, como consecuencia de la adaptación a los planteamientos establecidos en el ámbito comunitario. Veamos, a continuación, esta evolución.

Desde la STS 5 de abril 1993<sup>1019</sup>, viene exigiendo reiteradamente la transmisión de la infraestructura u organización empresarial entre la anterior y la nueva contratista del servicio<sup>1020</sup>. Así, en los casos de sucesión de contratistas o bien en sus variantes de reversión de la contrata o externalización de un servicio, “no hay transmisión de empresa sino finalización de una, y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí, que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista”<sup>1021</sup>. En consecuencia, se trata de un supuesto subsumible dentro del art. 42 ET y no del art. 44 ET, con importantes consecuencias en cuanto a la responsabilidad que se puede exigir a las partes implicadas.

En virtud de la interpretación patrimonialista seguida por el TS, si no se transmite un elemento patrimonial (material o inmaterial), no se aplica el art. 44 TRET, planteándose dos escenarios posibles. Si las normas sectoriales aplicables ni el pliego de condiciones nada dicen al respecto, los trabajadores conservan su relación de trabajo con el contratista o concesionario saliente<sup>1022</sup>.

En cambio, es posible que, en aras a la estabilidad en el empleo y al interés del contratista entrante, el efecto subrogatorio se derive de lo previsto en una norma sectorial o pliego de condiciones<sup>1023</sup>. Ahora bien, si la subrogación se produce en virtud de un acuerdo

---

estos casos “no se da realmente un cambio de titular de una unidad productiva, sino que en realidad, se trata de un cambio de empresa, y no de su titularidad. (...) Lo que transmite el empresario principal no es la unidad productiva contratada, sino la posibilidad de trabajo, la cuota de mercado”. **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 116. **MONEREO PÉREZ**, por su parte, ofrece una opinión matizada al respecto, pues, entiende que, si bien en estos supuestos “no hay en sentido propio o técnico una transmisión o cambio de titularidad de la ‘empresa’, entendida ésta como complejo orgánico, por lo que sólo puede hablarse de cambio de titularidad en un sentido muy particular, para referirse a un *cambio subjetivo en el ejercicio de una actividad o servicio para su explotación*”. **MONEREO PÉREZ**. *Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades*, op. cit., p. 60.

<sup>1019</sup> Ar. 2906. Un comentario de esta resolución en, **GONZÁLEZ BIEDMA**. *Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios*, op. cit., p. 277 y ss. Y un análisis de esta doctrina desde una perspectiva general en, **GARCÍA ORTEGA**. *La sucesión de contratistas*, op. cit., p. 343 y ss.

<sup>1020</sup> “(...) ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura o organización empresarial básica para la explotación” STS 18 de septiembre 2000 (RJ 8299). En términos similares, SSTS 30 diciembre 1993 (RJ 10078); 23 de septiembre y 29 de diciembre 1997 (RJ 6582 y 9641); 6 de febrero, 26 de junio, 3 y 4 de octubre 1998 (RJ 1642, 5791, 7804 y 7811).

<sup>1021</sup> STS 29 de enero 2002 (RJ 4271). En el mismo sentido, SSTS 5 de abril 1993 (RJ 2906); 23 de febrero 1994 (RJ 1227); y 12 de marzo 1997 (RJ 2318). Tampoco se da cuando, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión, SSTS 3 octubre 1998 (RJ 7804); y 19 de marzo 2002 (RJ 6465).

<sup>1022</sup> SSTS 15 de enero 1997 (RJ 497); y 30 de septiembre 1999 (RJ 9100).

<sup>1023</sup> STS 11 de mayo 2001 (RJ 5206). En términos similares, SSTS 10 de diciembre 1997 (RJ 1998\736); 9 de febrero, 31 de marzo y 8 de junio 1998 (RJ 1644, 4575, 4532); 26 de abril y 30 de septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100); y 29 de enero 2002 (RJ 4271). Un análisis doctrinal de las normas convencionales que disponen la asunción de

privado entre empresas, con la aquiescencia de los representantes de los trabajadores, a los trabajadores afectados no se les puede imponer el paso de una empresa a otra, dado que “supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil)”<sup>1024</sup>. En

---

personal en caso de sucesión de contratas, *vid.* **CABEZA PEREIRO**. *Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal*, *op. cit.*, p. 608 y ss; **GONZÁLEZ BIEDMA**. *Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios*, *op. cit.*, p. 250 a 256; **CAIROS BARRETO**. *La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad*. AL 1996 - I, p. 301 y ss.; **GARCÍA ORTEGA**. *La sucesión de contratistas*, *op. cit.*, p. 361 a 382; y **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**. *La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas “cláusulas subrogatorias” en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE)*. REDT n° 116, 2003, p. 251 y ss. Aunque, el término “transmisión de los elementos patrimoniales” plantea, a su vez, ciertos problemas (por el momento, en la jurisprudencia de los TSJ), dado que junto con la transmisión efectiva de los mismos, se exige que la misma persiga una *determinada finalidad*. Así, según la STSJ Cataluña 3 de mayo 1999 (AS 1469) queda excluida la puesta a disposición de una instalación de titularidad pública para su conservación y mantenimiento, porque, por un lado, la instalación no se entrega para su explotación comercial frente a terceros, por lo que “la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración; sino que muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios”; y, por otro, porque la mera “puesta a disposición” no implica *per se* una ‘transmisión’ a los efectos del art. 44 ET y menos aún, cuando ‘los elementos productivos y medios técnicos necesarios para ejecutar el servicio objeto de la concesión administrativa, han de ser aportados por la empresa que gana el concurso, y precisamente por ello se le retribuye en las cantidades pertinentes’”. Interpretación discutible, puesto que en cuanto al primer argumento, nos hallamos ante un supuesto claro de transmisión de clientela, que lejos de impedir la transmisión, constituye, según el TJCE, un indicio de su existencia. En cuanto al segundo, es preciso analizar si el activo necesario para llevar a cabo la actividad objeto de la adjudicación es relativamente elevado y el mismo se transmite (cuestión que, si se comprueba, hace innecesario el primero). En este sentido, podemos afirmar que dado que se trata de un supuesto de depuración de aguas, la concesión implica la puesta a disposición de una parte relevante del activo material (las instalaciones depuradoras y de bombeo propias del servicio de agua), adquiriendo un carácter secundario la aportación de los “elementos productivos y medios técnicos necesarios para ejecutar el servicio”. Un comentario sobre esta sentencia, *vid.* **VICENTE PALACIO**. *Transmisión de empresa y concesiones administrativas: necesidad de que la concesión lleve aparejada la entrega de la infraestructura empresarial básica*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\976). La regulación de la sucesión de contratas de acuerdo con lo dispuesto en un convenio colectivo o en el pliego de condiciones tiene una trascendencia fundamental en la medida que, al no quedar comprendidos dentro del ámbito del art. 44 TRET o de la Directiva, los efectos derivados de la sucesión de empresa, serán los estipulados en la fuente que la regula - pudiéndose remitir a lo previsto en el art. 44 TRET (*Vid.* SSTS 29 de diciembre 1997, RJ 6582; y 31 de marzo 1998, RJ 4575). En cuyo caso, respecto de las normas colectivas debe tenerse en cuenta su ámbito de aplicación para determinar la aplicabilidad o no de la cláusula subrogatoria (SSTS 4 julio 2000, *cit.*; y 28 de octubre 1996, RJ 7797). *Vid.* al respecto, **CABEZA PEREIRO**, *op. cit.*, p. 609 y 611; y **DE FUENTES GARCÍA ROMERO**. *Inaplicación del art. 24.5 del Convenio Colectivo de limpieza de la CAM a la empresa principal de una contrata*. ASoc n° 5, 2002, versión digital (BIB 2002\653). Modelo que debe ser reinterpretado, como se analizará, a partir del caso *Temco*. Por otro lado, la jurisprudencia entiende que si no se cumplen los requisitos formales establecidos en el convenio respectivo para que se produzca la sucesión, no operará la subrogación, quedando el trabajador vinculado con la anterior empresa concesionaria - y pudiendo ver resuelto su contrato en base a alguna de las causas legalmente establecidas (SSTS 11 de mayo 2001, RJ 5206; 9 de febrero 1998, RJ 1644; 10 de diciembre 1997, RJ 1998\736). Aunque esta afirmación ha sido objeto de modalización dado que “la subrogación puede operar”, incluso cuando la documentación exigida por el convenio colectivo no está totalmente completa, siempre que no se trate de la “documentación imprescindible” para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social” (SSTS 11 de marzo 2003, RJ 7782; y 28 de julio 2003, RJ 3353; y STSJ Castilla La Mancha 17 de junio 2005, AS 2363; y 9 de noviembre 2004, AS 3027). Si la contratista entrante no asume los trabajadores como consecuencia del incumplimiento de tales requisitos por la saliente, aquélla queda eximida de responsabilidad “por falta de legitimación pasiva” (**CABEZA PEREIRO**, *op. cit.*, p. 611y 612); y, por consiguiente, debe entenderse producida (STSJ Castilla La Mancha 17 de junio 2005, AS 2363).

<sup>1024</sup> STS 29 de febrero 2000 (RJ 2413). Tales supuestos son calificables como una cesión de contrato y no una cesión de trabajadores. La omisión del consentimiento del trabajador no provoca automáticamente la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, *ex art.* 43 TRET, dado que “la cesión de trabajadores prohibida en tal precepto legal es aquella en la que sigue apareciendo formalmente en la relación de trabajo en la posición de empleador el empresario cedente, lo que no sucede en supuestos, como el de este pleito, en que dos empleadores o empresarios acuerdan de manera transparente la cesión de uno o varios contratos de trabajo” (STS 8 de abril 2003, RJ 4954).

cambio, si la subrogación se deriva de lo dispuesto en un convenio colectivo, los efectos de la misma se imponen al trabajador sin que tenga que consentir la operación<sup>1025</sup>.

Régimen sujeto a una completa reinterpretación a raíz del criterio establecido por el TJCE, en la Sentencia 24 de enero 2002 (caso *Temco*). A partir de esta fecha, el hecho de que un convenio colectivo sectorial obligue al nuevo contratista a hacerse cargo de una parte del personal del anterior, “dicha circunstancia, en todo caso, carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica”<sup>1026</sup>. En consecuencia, pierde toda relevancia las disposiciones que por convenio colectivo exijan la asunción de un número determinado de trabajadores o un porcentaje del mismo, o bien exija una antigüedad determinada para que el trabajador adquiriera el derecho a que la nueva contratista se subroge en su contrato, “en la medida que ni la Directiva ni el art. 44 ET admiten exclusiones de cobertura en función de la duración del contrato”<sup>1027</sup>, siempre y cuando se transmita una entidad económica, en términos numéricos o cualitativos, según los criterios definidos en el caso *Temco*<sup>1028</sup>.

La repercusión de este criterio no ha tardado en hacer acto de presencia en los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>1029</sup>, lo que ha llevado al TS a mover ficha, pronunciándose

---

**RODRÍGUEZ CARDO.** *Descentralización productiva y derecho del trabajador a permanecer en la empresa principal: a propósito de la STS de 23 de octubre de 2001, op. cit., p. 753; y LLANO SÁNCHEZ. Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones. Comentario a la STS (UD) 29 de febrero 2000, op. cit.*

<sup>1025</sup> En contra de esta solución, abogando por que los trabajadores puedan otorgar su consentimiento, **SERRANO OLIVARES.** *La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, op. cit., p. 1326; y LLANO SÁNCHEZ. Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones. Comentario a la STS (UD) 29 de febrero 2000, op. cit., p. 3362.*

<sup>1026</sup> Apartado 27.

<sup>1027</sup> **CABEZA PEREIRO.** *La subrogación empresarial en las contrata de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE. STJCE, de 24 de enero de 2002, op. cit. (versión digital).* En términos similares, **MORENO GENÉ.** *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa, op. cit., p. 75 y 76; GÓMEZ ABELLEIRA.* *Cambio de contratista y sucesión de empresas, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, op. cit. (versión digital); y PÉREZ YÁÑEZ.* *Sobre la existencia de una transmisión de empresa a efectos aplicativos de la normativa sobre subrogación empresarial. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 15 de enero 2002. ASoc nº 5, 2002, versión digital (BIB 2002\650).* En sentido contrario, **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.** *La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas “cláusulas subrogatorias” en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE), op. cit., p. 270; y DE LA PUEBLA PINILLA.* *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía.* Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2005, p. 99 a 102.

<sup>1028</sup> Interpretación extensible a los supuestos de sucesión en la adjudicación administrativa de contrata que en el pliego de condiciones impongan la asunción de parte del personal. En estos supuestos, el consentimiento del trabajador ya no sería exigible. Este criterio también repercutirá en los efectos jurídicos de estos supuestos subrogatorios establecidos en un pliego de condiciones o en un convenio colectivo, pues al quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 44 TRET, no se circunscribirán a la mera subrogación empresarial. *Cfr. MORENO GENÉ.* *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa, op. cit., p. 75, 80 y 81; CABEZA PEREIRO.* *La subrogación empresarial en las contrata de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE. STJCE, de 24 de enero de 2002, op. cit. (versión digital).*

<sup>1029</sup> Discrepando de esta tesis patrimonialista e incorporando el criterio del TJCE en el caso *Temco*, *vid.* STSJ Castilla La Mancha 4 de febrero 2003 (AS 1727); y SSTSJ País Vasco 21 de enero y 23 de noviembre 2003 (AS 45 y JUR 81741); 30 de diciembre 2004 (AS 2005\117); 8 de febrero 2005 (AS 562); 12 de abril 2005 (AS 2118); Castilla y León (Valladolid) 24 de enero 2005 (AS 9); y Castilla La Mancha 17 de junio 2005 (AS 2363).

al respecto. Recientemente, en la STS 20 de octubre 2004<sup>1030</sup> ha manifestado que, pese a la vinculación a su doctrina (*ex* artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea), “el criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas”.

Así, estima que “difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa”, pues, “el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión”<sup>1031</sup>.

Por otra parte, el TS (siguiendo la línea marcada por un sector de la doctrina<sup>1032</sup>), inmiscuyéndose – a nuestro juicio - en aspectos de política legislativa, entiende (no sin razón) que el criterio seguido en el caso *Temco* tiene un efecto perverso. En la medida que la subrogación está condicionada a la contratación del personal del cedente, “la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger”<sup>1033</sup>. Además, la aceptación de la tesis de la sucesión de plantilla repercute negativamente en la protección de los trabajadores afectados especialmente en las

---

<sup>1030</sup> Ar. 7162. Un comentario a esta sentencia, así como a la evolución de la jurisprudencia nacional y comunitaria al respecto, **CAVAS MARTÍNEZ**. *Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas*. ASoc nº 14, 2005, versión digital (BIB 2005\2175). *Vid.* también, **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 227 y ss.; **NEBOT PÉREZ**. *La sucesión de contratos tras la STS 27 de octubre de 2004: un antes y un después*. ASoc nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1621); y **HERRAIZ MARTÍN**. *De nuevo reflexiones sobre la sucesión de contratos*. RL nº 11, 2007, p. 28 y ss.

<sup>1031</sup> Argumento apuntado previamente por un sector de la doctrina, **CAMPS RUIZ**. *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, p. 28; y **RENTERO JOVER**. *Derecho social comunitario y sucesión de empresas*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1032</sup> De hecho, el Ponente - DESDENTADO BONETE - ya había adelantado su parecer en un artículo publicado en 2002 (*La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, *op. cit.*) y cuyos criterios plasma en la citada sentencia. *Vid.* también, **SANGUINETI RAYMOND**. *El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma*, *op. cit.*, p. 10; **MORENO GENÉ**. *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 81 a 84; **GARCÍA ROMERO**. *Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de “traspaso” y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto “Temco”)*, *op. cit.*, p. 143; **RIVERO LAMAS**. *Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*, *op. cit.*, p. 49; y **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratos*, *op. cit.*, p. 270 y 271.

<sup>1033</sup> Relativizando la tenebrosa descripción realizada por el TS, **CAVAS MARTÍNEZ** entiende que siguen existiendo mecanismos jurídicos con capacidad para controlar lo que es una verdadera contrata y una cesión ilegal de trabajadores (art. 43 TRET, así como principios generales del derecho - nulidad de actos realizados en fraude de ley, proscripción del abuso de derecho). **CAVAS MARTÍNEZ**. *Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas*, *op. cit.* (versión digital). Por su parte, **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**, tras distinguir entre la adquisición del personal voluntaria u obligatoria (impuesta por un pliego de condiciones o un convenio colectivo), proponen que el régimen subrogatorio *ex* art. 44 TRET sólo sea aplicable en el primer supuesto (precisamente para evitar, el efecto *perverso* que la asunción de la doctrina del TJCE puede acarrear); aunque, de todos modos, reconocen que no se trata de la tesis defendida por el TJCE. **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 234.

“descentralizaciones productivas estratégicas”<sup>1034</sup>, tal y como establece el criterio jurisprudencial español, dado que determina la subrogación sin necesidad del consentimiento del trabajador<sup>1035</sup>.

Pese a lo argumentado, en virtud del principio de vinculación, el TS admite la sujeción al criterio comunitario; pero concluye, no obstante, que la doctrina de la “sucesión de la plantilla” no es aplicable al supuesto enjuiciado. Aseveración que (aunque no se trate de argumentos convincentes, a nuestro entender) justifica porque (FJ 6º): primero, “no puede apoyarse en el criterio de ‘la sucesión en la plantilla’ y ello por la sencilla razón de que es precisamente esa pretendida sucesión en la plantilla lo que se está aquí discutiendo”. Segundo, porque la transmisión debe ser “pacífica, efectiva y real”<sup>1036</sup>; y, tercero, porque a pesar de que la aceptación del pliego de condiciones sea obligatorio para la empresa que lo acepta, no se desprende que los trabajadores queden obligados, pues “ni han participado en ese concurso, ni por su condición de personas pueden ser objeto del mismo”<sup>1037</sup>.

Finalmente, la STS 27 de octubre 2004<sup>1038</sup> admite el criterio comunitario de la “sucesión de la plantilla”, no sin reiterar sus reservas<sup>1039</sup>, en un supuesto de sucesión de contratistas del servicio de mantenimiento de unas instalaciones deportivas municipales. En este caso, el nuevo contratista se subroga en la posición de los anteriores, sin hacerse cargo de

---

<sup>1034</sup> Como apunta SANGUINETI RAYMOND, en la medida que el criterio comunitario “deja en manos de quienes deberían ser los obligados a cumplir la norma la decisión sobre el despliegue o no de sus efectos”, resulta que el efecto subrogatorio puede ser fácilmente eludido en los supuestos de sucesión de contratistas mediante su no contratación; y en las “externalizaciones de actividades es posible que resulte perjudicial para los trabajadores a través del compromiso del cesionario de asumir la parte pertinente de plantilla de la empresa principal”. Ante esta situación, se propone que para los supuestos de “ausencia de cualquier soporte patrimonial que acompañe y dé consistencia a la transmisión, debería acompañarse de un elemento de garantía en favor de los trabajadores afectados: la de que presten su consentimiento al traspaso” (medida que debería acompañarse de la posibilidad de que el contrato de trabajo quedara vinculado con el empresario cedente en caso contrario y de la adecuada protección del trabajador en caso de extinción del contrato motivada por la externalización). SANGUINETI RAYMOND. *El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma*, op. cit., p. 18, 20 y 21. Vid. también, DESDENTADO BONETE. *La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia*, op. cit., p. 254. Posibilidad no reconocida por el momento en la normativa española (vid. nota infra).

<sup>1035</sup> FJ 5º.

<sup>1036</sup> Lo que no concurre en este supuesto, pues, en opinión del TS, esto “no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos”.

<sup>1037</sup> Argumentación criticable porque, primero, como sostiene SANGUINETI RAYMOND, “lo que se exige en estos casos no es la continuidad del conjunto del personal que vino trabajando para el anterior empresario, sino solamente de una parte relevante, de la cual cabe deducir la obligatoriedad del mantenimiento de los contratos de todos, incluidos los que no fueron asumidos inicialmente”. SANGUINETI RAYMOND. *El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma*, op. cit., p. 18. En segundo lugar, porque el TS exige nuevos requisitos no previstos en la Ley. Y, finalmente, porque todos los supuestos de transmisión de empresa, sin excepción, se caracterizan por el hecho de que los trabajadores no participan en la decisión empresarial. Vid. también, DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 237.

<sup>1038</sup> Ar. 7202. Un comentario crítico a este pronunciamiento en, RENTERO JOVER. *La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004*. RDS nº 30, 2005, versión digital (TOL 673492). Vid. también, SSTS 14 de junio, 25 de enero y 3 de enero 2006 (RJ 5582, rec. 3469/2004, BDCGPJ, rec. 2603/2005, BDCGPJ); 7 de noviembre 2005 (rec. 3515/2004, BDCGPJ); 4 de abril 2005 (RJ 5736).

<sup>1039</sup> Relativizando los efectos perjudiciales de la “doctrina Temco” expuesta por el TS, SALA FRANCO. *Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos*. AL 2005 – I, versión digital (La Ley 1082/2005).

uno de los trabajadores que había venido prestado sus servicios con los anteriores (y, por ende, se vulnera el art. 44 TRET). La cuestión está en determinar qué debe entenderse por el término “asunción de una parte esencial de la plantilla”<sup>1040</sup>. Ahora bien, conviene tener presente que si el pliego de condiciones o el convenio colectivo nada establecen respecto al destino del personal, deberá exigirse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 44 TRET tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente por la jurisprudencia<sup>1041</sup>.

### ***2.2.2.- Supuestos de transmisión de empresa ‘especiales’.***

En la legislación laboral también se prevén otros supuestos subrogatorios que tienen ciertas particularidades. En concreto son, la subrogación por muerte, incapacidad o jubilación del empresario, la subrogación en caso de fusión de sociedades; y, finalmente, la subrogación en caso de concurso. Veamos a continuación cada uno de estos supuestos

#### ***2.2.2.1.- La muerte, la incapacidad o la jubilación del empresario como supuestos de transmisión de empresa (remisión).***

Los supuestos de muerte, incapacidad y jubilación del patrono pueden motivar la resolución del contrato a no ser haya quién continúe la explotación o negocio. En tal caso, debe acudir al régimen previsto en el art. 44 TRET. En tanto que este supuesto subrogatorio, a fin de no resultar reiterativo, nos remitimos a lo que se expondrá al respecto con posterioridad<sup>1042</sup>.

---

<sup>1040</sup> Para la STS 25 de enero 2006 (rec. 3469/2004, BDCGPJ), si se asumen 2 de los 6 trabajadores (por tanto, un 33 %) debe entenderse que se ha asumido una “parte esencial o sustancial de la plantilla”. En cambio, para la STS 3 de enero 2006 (rec. 2603/2005, BDCGPJ), para justificar que no concurre la contradicción necesaria y desestimar el recurso de casación en unificación de doctrina, afirma que, en tanto que en la sentencia de contraste (concretamente, STSJ Castilla y León[Valladolid] 31 de mayo 2004) “quien reclama es una trabajadora aisladamente, no [existe] en la sentencia hecho probado alguno que permita pensar que hubo transmisión de la totalidad o una parte sustancial de la plantilla”. En cambio, en la sentencia recurrida (STSJ País Vasco 22 de febrero 2005), debe presumirse, dado que quienes reclaman son una multiplicidad de trabajadores (literalmente, “lo que hace pensar que estos suponían la totalidad o una parte significativa de la plantilla”). Lo curioso es que en la sentencia de contraste todo parece indicar que la trabajadora constituye el 100 % de la plantilla.

<sup>1041</sup> *Vid.* al respecto, STS 4 de abril 2005 (RJ 5736); y SSTSJ Madrid 18 de julio 2005 (JUR 198975); Cantabria 21 de abril 2004 (AS 1293); y 8 de abril 2005 (AS 592). De todos modos, conviene no olvidar que, si la actividad en cuestión precisa de importantes medios materiales e inmateriales para operar y que estos no han sido objeto de transmisión, no podrá entenderse aplicable el art. 44 TRET (SJS Baleares, Ciutadella de Menorca, 5 de abril 2005, AS 428).

<sup>1042</sup> *Vid.* Epígrafe I.6 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

### 2.2.2.2.- Sucesión de empresa derivada de la extinción de la personalidad jurídica del empresario: la fusión de sociedades.

De acuerdo con el art. 49.1.g TRET la extinción de la personalidad jurídica del empresario debe seguirse según los trámites del art. 51 TRET<sup>1043</sup>. Teniendo presente que la fusión (por creación o por absorción) comporta siempre la *disolución* de, al menos, una de las sociedades, podría entenderse que, con carácter previo a la fusión, operara una resolución de los contratos de trabajo mediante el oportuno expediente de regulación de empleo. Así, la “fusión significaría sólo la transmisión patrimonial de las fusionadas a la fusionante, sin la continuidad con la misma de los contratos de trabajo”<sup>1044</sup>. No obstante, conviene tener presente que durante la disolución, la sociedad mantiene su personalidad jurídica (que pierde cuando se perfecciona la liquidación)<sup>1045</sup>. Ahora bien, la cuestión está en determinar, lo que excluye la aplicación del art. 49.1.g TRET<sup>1046</sup>.

---

<sup>1043</sup> El art. 49.7 ET<sup>80</sup> se expresaba en términos muy parecidos: “extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo, en este último caso, seguirse los trámites del artículo 51 de esta ley”. El art. 18.2 LRL<sup>76</sup>, en cambio, nada especificaba al respecto.

<sup>1044</sup> **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 146; y **MONEREO PÉREZ**. *Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (I y II)*. RL 1987 - I, p. 186: “permitiría una reducción sensible de la plantilla y, en consecuencia, una mayor adaptabilidad de la empresa a las necesidades de rentabilidad del capital, favoreciéndose el proceso de concentración que interesa especialmente como solución neocapitalista a la crisis económica”.

<sup>1045</sup> **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 280; **ALONSO GARCÍA**. *La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales*, op. cit., p. 11 y 12; y **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 146.

<sup>1046</sup> **MONEREO PÉREZ**, aboga por una interpretación desde criterios jurídico-laborales, que se aparte de la discusión centrada en si se extingue o no la personalidad jurídica de una (o de todas) las sociedades fusionadas. Así, por encima de la extinción de algunas sociedades que participan en la fusión, lo trascendente, desde la perspectiva laboral, es “la existencia en la fusión de una transmisión *inter vivos* de carácter voluntario que opera un cambio de titularidad de la empresa objeto de la sociedad”. Por ello, tras hacer una distinción entre la extinción subjetiva (extinción del titular jurídico de la empresa) y extinción objetiva (extinción de la propia empresa como objeto de derecho), entiende que “la fusión de sociedades conlleva la mera extinción subjetiva de la personalidad societaria del empresario, y no la correspondiente extinción de la empresa objeto de la misma”. **MONEREO PÉREZ**. *Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (I y II)*, op. cit., p. 180 a 183. En términos similares, **ALBIOL MONTESINOS** entiende que la referencia del art. 49.1.g al art. 51 TRET sólo opera en los supuestos de disolución voluntaria de sociedades, y no a los supuestos en los que “la extinción de la personalidad del contratante lleva aparejada la continuidad de la empresa por otro sujeto”; supuesto que, por tanto, entra de lleno en el art. 44 TRET, porque pese a que desaparece la personalidad empresarial no lo hace la empresa. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, op. cit., p. 44, 45 y 48.

Durante la vigencia de la LCT<sup>44</sup> la discusión se centraba en averiguar si la fusión comportaba la extinción o no de la personalidad jurídica. Un sector de la doctrina, sostenía que la subrogación no era posible porque la fusión comporta la extinción (liquidación) de la personalidad jurídica de la sociedad, y por ello quedaba subsumido en el art. 76.4 LCT<sup>44</sup>. En este estadio, la continuidad de los contratos de trabajo derivaba de una equiparación entre el régimen jurídico de la extinción del empresario persona física y el empresario persona jurídica; esto es, en la existencia de un representante legal que continuara con la actividad, elemento personificado en la sociedad fusionada resultante. **ALONSO GARCÍA**. *La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales*, op. cit., p. 19. **DE LA VILLA GIL**, en cambio, sostenía (citando a **URÍA**) que los efectos extintivos del acuerdo de disolución quedan condicionados a que la fusión se perfeccione, sin que en la fusión concurra efectivamente una liquidación, porque la extinción de las sociedades en la fusión se realiza sin previa liquidación; y, por ello, no hay solución de continuidad. Por otra parte, en relación a la argumentación de **ALONSO GARCÍA**, **DE LA VILLA GIL** rechaza que el concepto de representación legal previsto para la extinción de la personalidad jurídica del empresario persona física pueda identificarse con la sociedad resultante de la fusión. **DE LA VILLA GIL**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, op. cit., p. 218 y 219. **RIVERO LAMAS**, descartando también la aplicabilidad del concepto de representante legal que continúe con la actividad, sostiene que la fusión no pueda encuadrarse ni en el



### 1.2.2.2.3.- Transmisión de empresas incursas en procedimientos concursales.

Según el art. 57.bis TRET (redactado conforme a la LC), “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”. Aunque esta modalización se adapte a las previsiones de la Directiva (art. 5)<sup>1047</sup>, que permite inaplicar buena parte de las garantías de mantenimiento de los derechos de los trabajadores que recoge, lo cierto es que - como se observará - existen ciertos aspectos en los que hubiera sido conveniente una mayor concreción por parte del Legislador de cara a dotar al sistema de mayor seguridad jurídica<sup>1048</sup>.

---

art. 76.4 ni en el art. 79 LCT<sup>44</sup>. A pesar de ello, entiende que la sociedad resultante de la fusión se subroga *ope legis* en las relaciones laborales porque “se ha transmitido un conjunto de medios organizados, materiales y humanos, capaces de desarrollar un fin técnico laboral, y que constituyen (...) la ‘industria’ de que habla el texto legal”. **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 281 y 282. Planteamiento en el que se intuye la distinción entre extinción “objetiva” y “subjetiva” apuntada por **MONEREO PÉREZ**.

Conviene tener presente que en virtud de la legislación mercantil para los supuestos de fusión (arts. 243 y 166 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Decreto Legislativo 1564/1989, 22 de diciembre - BOE 1 de febrero 1990) la existencia de trabajadores con créditos laborales pendientes en el momento de la fusión puede paralizarla si existe oposición de la misma, en tanto no sean adecuadamente satisfechos o asegurados sus créditos (**ALBIOL MONTESINOS**, *op. cit.*, p. 47; recoge esta apreciación, **CAMPS RUIZ**. *Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia I y II*, *op. cit.*, p. 222).

Por otra parte, en los supuestos de transformación de sociedades, desde un punto de vista jurídico-laboral, no puede hablarse de cambio de empresa (o, más propiamente, de cambio de titular de empresa), pues, la compañía pasa de tener un tipo societario concreto a poseer otro distinto, pero conservando la misma personalidad jurídica. **GONZÁLEZ BIEDMA**, *op. cit.*, p. 143 y 144; **DE LA VILLA GIL**, *op. cit.*, p. 214 a 216.

<sup>1047</sup> La Directiva 77/187/CEE en su versión original omite la regulación de los supuestos de transmisión liquidativos. No obstante, la jurisprudencia comunitaria ha entendido que la normativa sucesoria debe aplicarse en los procedimientos dirigidos a asegurar la continuidad de la empresa (SSTJCE 25 de julio 1991, caso *d'Urso*, TJCE 250; y 12 de marzo 1998, caso *Dethier*, TJCE 45). La Directiva 98/50/CE, por su parte, incorpora el acervo jurisprudencial comunitario e incluye un régimen jurídico específico para estos supuestos (ciertamente confuso), aunque con carácter dispositivo para los Estados (incorporado en el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE). Sintéticamente, la Directiva excepciona su aplicación a los procedimientos que tienen carácter liquidativo. Excepción que, sin embargo, no afecta a los derechos colectivos reconocidos en la propia Directiva, que persisten incluso en estos casos. En cambio, para los supuestos no liquidatorios (si los Estados hubieran decidido extender la protección de la Directiva a estos supuestos) se establece un sistema flexible (entre diversas opciones taxativamente numeradas) que oscila entre la aplicación estricta de todo el régimen sucesorio o bien una modalización del mismo. *Vid.* **MORALA GÓMEZ**. *La nueva regulación de la sucesión de empresas*, *op. cit.* (versión digital); **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales*, *op. cit.*, p. 671 a 673; **VALDÉS DAL-RE**. *Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) I y II*, *op. cit.*, p. 123 a 130; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial*, *op. cit.*, p. 1243 a 1248.

En la legislación española, se aplica el régimen del art. 44 TRET. No obstante, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 51.11 TRET, que dispone la aplicación del precepto sucesorio, siempre y cuando “lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”, a no ser que el nuevo empresario no quisiera continuar, en cuyo caso, deberá acudir a un expediente de regulación de empleo. Aunque la autorización previa no será precisa en los supuestos de empresas de cinco o menos trabajadores o bien si los trabajadores afectados no quedan comprendidos dentro del ámbito numérico y temporal del art. 51 TRET, aplicándose consiguientemente lo dispuesto en el art. 52 ET. **MARTÍNEZ MOYA**. *La liquidación judicial de empresa y la aplicación de la Directiva 77/87/CEE (STJCE 12 de marzo 1998)*. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\419).

<sup>1048</sup> **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 283.

En términos generales, la declaración del concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que ejerce el deudor (art. 44 LC)<sup>1049</sup>. Ahora bien, siguiendo el parecer de GONZÁLEZ BIEDMA<sup>1050</sup>, en los supuestos concursales se produce una doble cambio de titularidad (al igual que en la sucesión de empresa derivada de la muerte del empresario). El primer cambio se produce en el instante del desapoderamiento del quebrado y de la constitución de la masa activa. Desde un punto de vista jurídico-laboral, es la masa la que, como comunidad de bienes, asume la titularidad.

Acontecerá un segundo cambio en dos momentos diferenciados. Por un lado, el segundo cambio de titularidad puede perfeccionarse, si, del convenio que pone fin al concurso, se desprendiera la continuidad de la actividad empresarial por un tercero o por el propio quebrado, o bien si la empresa es traspasada parcialmente a un tercero<sup>1051</sup>. En tal caso, se exige que en las proposiciones de enajenación se incluya la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o de las unidades productivas a las que afecte (art. 100.2 LC). Por consiguiente, en principio, el adquirente no puede “cerrar” la empresa a continuación de su adquisición; sin especificarse, no obstante, la continuidad o no de los contratos de trabajo así como de sus condiciones laborales. Omisión que, atendiendo a la exposición de motivos de la Ley, parece deberse a una redacción defectuosa<sup>1052</sup>. En definitiva, puede entenderse que se trata de supuestos de sucesión empresarial *ex art. 44 TRET*, debiéndose aplicar dicho precepto íntegramente<sup>1053</sup>.

El segundo cambio de titularidad también puede acontecer si se procede a la liquidación para el pago de los acreedores y la empresa es vendida a través de la venta judicial. Al respecto se prevén dos posibles mecanismos. En virtud del art. 148 LC, se posibilita la venta

---

<sup>1049</sup> Aunque de un modo excepcional, es posible que a solicitud de la Administración y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, el juez acuerde el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

<sup>1050</sup> GONZÁLEZ BIEDMA. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 147 a 156 (especialmente, p. 155 y 156).

<sup>1051</sup> En tales casos, “la enajenación de determinadas unidades productivas se contempla como una medida más sin otorgarle carácter prioritario, pues no puede perderse de vista que, en dicha fase [la fase de convenio], la lógica parece ser la de continuidad de la empresa en manos del deudor”. DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>1052</sup> DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 281. Si el convenio cuenta con que la empresa va a seguir total o parcialmente activa, la propuesta debe ir acompañada además de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (art. 100.5.1º LC).

<sup>1053</sup> APILLUELO MARTÍN. *Tratamiento de los efectos sucesorios tras la Ley Concursal*. RTSS – CEF nº 284, 2006, p. 92; MONEREO PÉREZ. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*. RL 2005 – II, p. 579 y 580; y DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA. *La transmisión de empresas en situaciones concursales*. RL 2003 – II, p. 558 y ss. No obstante, un sector de la doctrina entiende que al no preverse expresamente que el adquirente quede subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, dicho precepto no es aplicable al respecto. SEGOVIANO ASTABURUAGA. *Continuidad de la actividad empresarial*. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004, p. 194.

total o parcial de la empresa, aunque ya no se le exige al adquirente la continuidad de la actividad productiva (como sucede en la fase de convenio) ni tampoco de los contratos de trabajo<sup>1054</sup>. No obstante, para un sector de la doctrina, cabe entender que la regla del art. 148.1 LC es una formulación de las posibilidades previstas en el art. 44 TRET<sup>1055</sup>.

En cambio, si no se hubiera aprobado un plan liquidatorio o en lo que no se hubiera previsto en el aprobado, el art. 149 LC prevé un mecanismo de transmisión (total o parcial) de la empresa, en los términos de la legislación laboral, en el que – a diferencia del anterior - se da preferencia a aquellas ofertas de compra sobre la totalidad de la empresa que garanticen su continuidad y prioricen la continuidad de los contratos de trabajo. Sin que, por otra parte, otro tipo de ofertas queden expresamente excluidas<sup>1056</sup>. Para el caso de que efectivamente se produjera la continuidad de la actividad y del empleo existente, y la compradora mantenga su identidad como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará a efectos laborales que se ha producido una sucesión de empresa (art. 149.2 LC)<sup>1057</sup>.

Realizado este breve análisis, se observan ciertas deficiencias y carencias legislativas. El hecho de que el art. 149.2 LC sea el único que se refiera expresamente a la “sucesión de empresa en términos laborales” y no en los casos que exista un convenio concursal o bien en los que exista un plan de liquidación, suscita cierta confusión. Hubiera sido deseable que, en tanto que exista una verdadera transmisión de empresa en los términos *laborales* previstos por la legislación y la jurisprudencia nacional y comunitaria, el Legislador hubiera previsto el régimen jurídico aplicable; o, en todo caso, qué garantías no son aplicables<sup>1058</sup>.

---

<sup>1054</sup> **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA.** *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 282. Sin perjuicio, como recoge expresamente el precepto (art. 148.4 LC), que el plan de liquidación prevea la modificación, suspensión o resolución de los contratos de trabajo si se acordara la continuidad de la actividad productiva de todos o de parte de los trabajadores (en cuyo caso, deberá acudir al art. 64 LC). *Vid.* al respecto, **ALBIOL MONTESINOS.** *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 136 a 138.

<sup>1055</sup> **ALBIOL MONTESINOS.** *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 135; y **APILLUELO MARTÍN.** *Tratamiento de los efectos sucesorios tras la Ley Concursal*, op. cit., p. 92.

<sup>1056</sup> **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA.** *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 283. Aunque como afirma APILLUELO MARTÍN, en estos supuestos, en tanto que “se han sucedido dos oportunidades de enajenación y han resultado infructuosas, en esta tercera, cuando la empresa prácticamente es algo inerte y material, la finalidad de la venta difícilmente puede ser la continuidad de la actividad y el empleo existente en la misma”. **APILLUELO MARTÍN.** *Tratamiento de los efectos sucesorios tras la Ley Concursal*, op. cit., p. 93.

<sup>1057</sup> En tal caso, reza el mismo precepto, “el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo”.

<sup>1058</sup> “[U]na cosa es que, en función de la solución del concurso (convenio o liquidación), se pueda excepcionar con mayor o menor intensidad la aplicación del régimen jurídico contemplado en el art.44 TRET, en línea con las previsiones de la Directiva, y otra cosa distinta es que se pueda obviar la posibilidad - real - de que el traspaso de una entidad económica que conserva su identidad tenga lugar en el marco del convenio o del plan de liquidación que, eventualmente, se pruebe”. Lo que, por otra parte, es interpretado, valorando también otros aspectos de la norma, como que “la Ley Concursal no fomenta la sucesión empresarial como una posible solución para hacer

---

frente a la situación de insolvencia empresarial”. **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA.** *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 284.

### ***2.3.- La alteración de lo pactado por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses.***

En determinadas circunstancias, como consecuencia de la concurrencia de ciertas contingencias y con el fin de proteger determinados bienes jurídicos, el empresario *está obligado* a alterar lo acordado por imperativo legal<sup>1059</sup>. Supuesto que, recuérdese, hemos “hermanado” con la nulidad parcial, la tácita reconducción y la subrogación *ope legis*. En concreto, la Ley *exige* al empresario la alteración de lo pactado en aquellas situaciones en las que concurra un riesgo durante el embarazo o bien un riesgo durante la *lactancia natural*<sup>1060</sup> de un menor de 9 meses (arts. 45.1.d, 48.5 TRET y art. 26 LPRL)<sup>1061</sup>. En tanto que el apartado 4º del art. 26 LPRL, relativo a la lactancia natural, se remite a lo previsto en los apartados 1º y 2º del mismo precepto, relativo al riesgo durante el embarazo, cabe hacer un análisis conjunto de ambos supuestos. Se trata, como se ha apuntado, de una norma de naturaleza imperativa que no sólo afecta al empresario, sino que, incluso, puede imponerse a la trabajadora embarazada<sup>1062</sup>.

Los rasgos definidores de estas instituciones son: en primer lugar, se trata de unas medidas dirigidas a proteger la estabilidad en el empleo y el proceso del embarazo, en el que el

---

<sup>1059</sup> Sin que deba confundirse con la *normación heterónoma* del contrato. *Vid.* al respecto, brevemente, **RIVERO LAMAS**. *La novación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 186 a 188.

<sup>1060</sup> De este modo, queda definitivamente aclarado, como ya había apuntado la doctrina, que la lactancia protegida en este caso es la natural y no la artificial. Circunstancia que, por otra parte, excluye la posibilidad de que se identifique un tratamiento discriminatorio con respecto al padre. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>1061</sup> Un breve análisis de los avatares del proceso de trasposición de la Directiva 92/85/CEE, 28 de noviembre, sobre Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en, **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, *op. cit.*, p. 120 y 121; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, p. 304 y ss.

<sup>1062</sup> La doctrina laboral ha destacado, en numerosas ocasiones, la naturaleza imperativa de esta normativa tanto para el empresario como para la trabajadora. *Vid.* al respecto, **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, *op. cit.*, p. 129 y 130; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, p. 299; y *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, *op. cit.*, p. 775; **GORELLI HERNÁNDEZ** e **IGARTUA MIRÓ**. *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*. Versión digital ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL 164479), p. 3; **RODRÍGUEZ RAMOS** y **PÉREZ BORREGO**. *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. En “La Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Ojeda Avilés *et altr*)”. Aranzadi. Pamplona, 1996, p. 424; **GARRIGUES GIMÉNEZ**. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*. CES. Madrid, 2004, p. 67; **LUQUE PARRA** y **GALA DURÁN**. *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero Rodríguez)”. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997, p. 243, 249 y 250; **NORES TORRES**. *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. AL 1998 – I, p. 307; **GONZÁLEZ LABRADA** y **VALLEJO DACOSTA**. *Las condiciones no materiales y su incidencia en los poderes empresariales*. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero Rodríguez)”, *op. cit.*, nota 49, p. 193; **FERNÁNDEZ RAMÍREZ**. *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad*. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero Rodríguez)”, *op. cit.*, p. 273 y 274; **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 853; **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 110, p. 160; y **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*. CES. Madrid, 2004, p. 159.

sujeto beneficiado es la mujer embarazada y el feto<sup>1063</sup>; o bien, para el supuesto de riesgo durante la lactancia, para proteger también al recién nacido. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, son unas instituciones causales, pues, al tratar de superar una determinada contingencia, su operatividad se condiciona a la concurrencia de un determinado hecho o motivo. En tercer lugar, se trata de alteraciones transitorias, pues, el contrato debe volver a su estado anterior una vez desaparecido el riesgo. Y, finalmente, sobre el empresario recae la obligación de adoptar las medidas oportunas para soslayar el riesgo que amenaza a la mujer trabajadora, al feto o al recién nacido, sin imponer un específico contenido al contrato. Por consiguiente, el empresario en ambos supuestos está obligado únicamente a poner fin al riesgo, sin imponerle heteronómicamente una determinada solución, ni tampoco el medio para alcanzarla. Se trata, así, de una obligación de resultado y no de medios. No obstante, como se analizará, el itinerario para alcanzar dicho objetivo está intensamente normado por la propia Ley. Lo que, verdaderamente, puede erigirse en un obstáculo para su efectiva puesta en marcha.

Antes de iniciar la exposición, conviene advertir que, a pesar de que estamos abordando el análisis de supuestos “modificatorios”, dada la interrelación entre las diversas medidas y, sobre todo, para evitar reiteraciones innecesarias, en el epígrafe que sigue también se expondrá la posibilidad de suspender la relación de trabajo cuando el resto de medidas no sean suficientes para evitar los riesgos que caracterizan a estas situaciones.

### ***2.3.1.- Descripción del riesgo y medidas preventivas para evitarlo (incluida la suspensión).***

La configuración de esta obligación impuesta al empresario tiene una estructura compleja. El factor que precipita la alteración de lo pactado es la concurrencia de un riesgo para el embarazo o para la lactancia. Es importante advertir que la obligación empresarial, en

---

<sup>1063</sup> Se ha destacado que “los intereses a proteger van más allá de los directamente relacionados con la salud de la trabajadora, pues se persiguen otros tan principales como los de indemnidad del feto o recién nacido a través de la evitación del contacto de la madre con elementos o sustancias que, posteriormente, podrían repercutir negativamente en aquéllos”. **MELLA MÉNDEZ**. *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1825). Y, **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ** especifican que “el sujeto directamente protegido es la trabajadora, mientras que el feto es el objeto mediato de protección”; aunque matizan, afirmando que éste último “sería el principal objeto de protección para el legislador”. Sin que, por otra parte, este trato diferenciado pueda calificarse como discriminatorio, pues, concurre una razón objetiva que justifica este tratamiento diferenciado respecto del resto de trabajadores y trabajadoras no embarazadas. **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 128 y 130. Planteamiento expuesto con más detalle en, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 286. *vid.* también, **LUQUE PARRA** y **GALA DURÁN**. *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 245.

supuesto de riesgo durante el embarazo, nace en el instante que se tiene constancia de la situación de la trabajadora y no antes<sup>1064</sup>.

No obstante, con carácter previo, el empresario, en virtud de la obligación a la evaluación de los riesgos que establece el art. 16 LPRL, debe realizar una evaluación exhaustiva y rigurosa de los *posibles* riesgos que pueden derivarse de un puesto de trabajo desde la perspectiva de una embarazada o bien de una mujer durante el período de la lactancia natural<sup>1065</sup>. Debiendo comunicar a la trabajadora en edad fértil que los riesgos detectados en la evaluación de riesgos pueden afectar de manera especial a la situación de embarazo o bien a la lactancia (*ex art. 18 LPRL*)<sup>1066</sup>.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que lo que pretende el Legislador no es proteger a cualquier mujer embarazada, sino sólo a aquellas que puedan verse amenazadas por aquellos

---

<sup>1064</sup> **RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO.** *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, op. cit.*, p. 419. Para un sector de la doctrina la trabajadora no está contractualmente obligada a dar a conocer su estado, en aras a proteger su intimidad. **LOSUSADA AROCHENA.** *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en periodos de lactancia.* AL 1998 – III, p. 713; y **SOLÀ MONELLS.** *Arts. 45 a 48, op. cit.*, p. 852. Aunque para **MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ** ésta es una obligación que se deriva del contenido del apartado 4º del art. 29.2 LPRL (“informar de inmediato ... acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores). **MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ.** *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización, op. cit.*, nota 321, p. 131; y **GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ.** *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, op. cit.* (versión digital), p. 2. Para **FABREGAT MONFORT**, teniendo en cuenta el derecho a la intimidad de la trabajadora y la obligación del empresario de velar por la salud de sus trabajadores, se colige que “cualquier imposición a una trabajadora de la obligación de comunicar su embarazo debe estar justificada por razones preventivas, pero no por cualquier otro motivo empresarial”. Pero sólo, específica, cuando el empresario haya cumplido previamente sus obligaciones derivadas de los arts. 16 y 18 LPRL. **FABREGAT MONFORT.** *¿Obligación de comunicar el embarazo?* RDS nº 24, 2003, versión digital (TOL 352016), p. 5 y 6.

Por otra parte, la doctrina ha criticado que no se prevea la obligación de la trabajadora de dar a conocer su estado “a efectos de la inmediata evaluación de los riesgos y, en su caso, adopción de las medidas protectoras correspondientes que puedan evitar la irreversibilidad de posibles daños tanto para la madre como para el hijo”. **MELLA MÉNDEZ.** *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social, op. cit.* (versión digital). No obstante, según la citada autora, la ausencia de comunicación de la trabajadora “no exculpa al empresario de la adopción de las medidas protectoras que correspondan cuando tal conocimiento lo adquiere por otra vía (v. gr., terceros). Además, dada la entidad de los intereses a proteger, la mera sospecha de tal situación obliga a aquél a la realización de las gestiones necesarias para confirmar o desmentir la situación en cuestión y proceder en consecuencia”.

Por otra parte, en tanto que la trabajadora puede permanecer alejada de los centros de decisión de la empresa y por ende el estado de la trabajadora puede ser problemático, un sector de la doctrina sostiene que “no sólo las trabajadoras afectadas, sino cualquier tercero con un interés legítimo, esto es, ante una situación en la que aquélla pueda poner en situación de peligro la propia integridad física de éste tercero, podrá iniciar el procedimiento de protección de la maternidad que se prevé en el art. 26 de la Ley”. **LUQUE PARRA y GALA DURÁN.** *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, op. cit.*, p. 246.

<sup>1065</sup> No obstante, para **MELLA MÉNDEZ**, la evaluación de los riesgos debe realizarse a partir del instante que al empresario le conste el estado de la trabajadora. **MELLA MÉNDEZ.** *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social, op. cit.* (versión digital). En contra, con mejor criterio a nuestro entender, **GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR.** *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.* Trotta. Valladolid, 1996, p. 172; **ROLDÁN MARTÍNEZ.** *Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo.* RTSS-CEF nº 25, 2006, p. 141; y **CARDONA RUBERT.** *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria.* Aranzadi. Pamplona, 2002, p. 33 y 34. Por otra parte, para **FERNÁNDEZ RAMÍREZ** en tanto que pueden existir agentes o sustancias incontroladas en ciertos puestos de trabajo que son capaces de producir alteraciones en la dotación cromosómica de los trabajadores/as expuestos, pudiéndose transmitir posteriormente a los hijos, debe tenerse en cuenta que los “riesgos en cuanto a ciertos aspectos de la función reproductiva no son privativos de las mujeres”. **FERNÁNDEZ RAMÍREZ.** *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad, op. cit.*, p. 269.

<sup>1066</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ.** *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, op. cit.* (versión digital), p. 2.

riesgos que reúnan ciertas características<sup>1067</sup>. En lo relativo a la naturaleza del riesgo, la norma hace referencia no sólo a los riesgos específicos (propios o exclusivos de las embarazadas), sino también a los generales (que pueden afectar a cualquier trabajadora, pero agravados por la situación de embarazo)<sup>1068</sup>. En cuanto a la entidad del riesgo, en tanto que el apartado 1º del art. 26 LPRL se refiere “un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia”, se desprende que no sólo debe tratarse de un riesgo real y certero, sino que también debe actuarse en aquellas situaciones en las que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse<sup>1069</sup>.

Si concurre dicha contingencia, en los supuestos de riesgo durante el embarazo, el empresario debe reaccionar (*está obligado*), llevando a cabo de forma secuencial (o escalonada) y subsidiaria cinco posibles actuaciones (*ex art. 26.1º a 3º LPRL*). Reacciones que también se prevén para los supuestos de riesgo durante la lactancia natural, por lo que se analizan conjuntamente<sup>1070</sup>: en primer lugar, cabe eludir el riesgo adaptando el puesto de trabajo o la actividad que debe realizar la trabajadora<sup>1071</sup>.

En segundo lugar, si no fuera suficiente, puede tratarse de soslayar el riesgo mediante la no realización del trabajo nocturno o a turnos<sup>1072</sup>.

---

<sup>1067</sup> MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 125.

<sup>1068</sup> MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 124 y 125.

<sup>1069</sup> MELLA MÉNDEZ. *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, op. cit. (versión digital); GORELLI HERNÁNDEZ. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 290; y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, op. cit., p. 135.

De todos modos, se ha criticado que no se hayan traspuesto los “dos Anexos de la Directiva 92/85/CEE, que contienen los listados no exhaustivos de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que afectan negativamente a la mujer embarazada o en período de lactancia, a los que se refieren los artículos 4 y 6 de la citada Directiva”. CAVAS MARTÍNEZ. *Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\968 y 975); RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO. *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 420; y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, op. cit., p. 135 y 136.

<sup>1070</sup> Art. 26.4 LPRL.

<sup>1071</sup> La doctrina ha criticado la redacción de la norma, pues, junto a la genérica formulación de la “adaptación de las condiciones”, se añade “la adaptación ‘del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada’, que no es sino una variante de aquélla”. SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 852. Extensamente al respecto *vid.*, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, op. cit., p. 139 y ss.

<sup>1072</sup> Debe entenderse que la posibilidad de que el empresario altere el trabajo nocturno o el trabajo a turnos no es más que una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si bien por motivos ajenos a la causas de empresa. GORELLI HERNÁNDEZ. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 292 y 293; y RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO. *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 422. De hecho, la doctrina entiende que esta posibilidad constituye una especificidad de la regla contenida en el art. 36.4 TRET. FERNÁNDEZ RAMÍREZ. *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad*, op. cit., p. 271. De todos modos, pese a admitirse esta facultad modificatoria, la doctrina ha sostenido que no cabe proceder a una modificación del lugar de trabajo que comporte un cambio de residencia de la trabajadora. MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., nota 324, p. 132. Comparte este criterio, SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 853. En contra, LUQUE PARRA y GALA DURÁN. *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 247; y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, op. cit., p. 271.



En tercer lugar, si tales adaptaciones no son posibles<sup>1073</sup>, o bien, se aprecia que, pese a las mismas, las condiciones del puesto pueden repercutir negativamente en la salud de la mujer embarazada o del feto, debe tratarse de ubicarla en un puesto de trabajo o función diferente<sup>1074</sup> (previa certificación del INSS o de la Mutua “en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales”, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, *ex art.* 26.2 LPRL<sup>1075</sup>). A estos efectos, el empresario debe disponer de una relación de puestos de trabajo

---

<sup>1073</sup> En este sentido, se estima que pese a que la legislación española no lo prevea expresamente, debe entenderse que los términos de “imposibilidad técnica u objetiva y de razonabilidad” que emplea el art. 5.2 Directiva 92/85 deben entenderse implícitos. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA.** *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>1074</sup> Respetando, en tal caso, las reglas y criterios aplicables a los supuestos de movilidad funcional (párrafo 2º art. 26.2 LPRL), especialmente, el derecho de la trabajadora a percibir un salario superior en el caso de que sea destinada a una categoría superior. *Vid.* al respecto, **LUQUE PARRA** y **GALA DURÁN.** *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, *op. cit.*, p. 248; **NORES TORRES.** *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, *op. cit.*, p. 310; y **MOLINA GARCÍA.** *La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.* En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero). XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997, p. 295; y **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA.** *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 160 y 161. En contra, defendiendo el mantenimiento del salario original pese la adscripción de una categoría superior, **FERNÁNDEZ RAMÍREZ.** *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad*, *op. cit.*, p. 274. Por otra parte, pese al silencio del legislador, debe entenderse que esta regla es asimismo extensible a los casos de cambio más allá del grupo o de la categoría profesional equivalente previstos en el párrafo 4º del art. 26.2 LPRL. **LUQUE PARRA** y **GALA DURÁN**, *op. cit.*, p. 251 y 252; y **SOLÀ MONELLS.** *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 854. Sin que pueda imponerse una movilidad geográfica, por no admitirlo expresamente la norma. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**, *op. cit.*, p. 166.

De todos modos, no parece que sea exigible la concurrencia de los requisitos de imprevisibilidad y perentoriedad *ex art.* 39.2 TRET, ni por su puesto la concurrencia de razones técnicas u organizativas (defendiendo este criterio, **FERNÁNDEZ RAMÍREZ**, *op. cit.*, p. 274), primero, porque son elementos que configuran un riesgo sustancialmente distinto al que se contiene en el art. 26 LPRL y, segundo, dificultaría sobremanera la adopción de las medidas previas a la suspensión previstas en la norma.

<sup>1075</sup> *Vid.* al respecto, D.Ad. 2ª Decreto 1251/2001, 16 de noviembre (BOE 17 de noviembre), que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. La doctrina ha criticado la intervención del INSS en este estadio de la reubicación de la trabajadora embarazada. *Vid.* al respecto, **MELLA MÉNDEZ.** *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, *op. cit.* (versión digital); **GONZÁLEZ ORTEGA** y **APARICIO TOVAR.** *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, *op. cit.*, p. 173; **NORES TORRES.** *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, *op. cit.*, p. 309; **PÉREZ DEL RÍO.** *La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate.* TL nº 52, 1999, p. 60; y **GORELLI HERNÁNDEZ** e **IGARTUA MIRÓ.** *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, *op. cit.* (versión digital), 5 y 6.

Por otra parte, atendiendo al contenido de la Directiva 92/85/CEE (art. 5), cabría argumentar que la legislación española se ha excedido en su trasposición, pues, según la normativa comunitaria el cambio de puesto de trabajo debe activarse sin necesidad de que la trabajadora aporte certificado médico alguno. **LOUSADA AROCHENA.** *La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en períodos de lactancia*, *op. cit.*, p. 715. Tratando de hallar una interpretación que repare este “desajuste”, **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ** proponen que el requisito de la certificación no tiene carácter general, sino que está circunscrito a unos supuestos específicos (en concreto, a aquellas situaciones en las que a pesar de la adaptación del puesto de trabajo, siguen existiendo riesgos en dicho puesto de trabajo). **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ.** *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, *op. cit.*, p. 136 a 140. Para **LOUSADA AROCHENA** la exigencia del certificado debe interpretarse como una mejora de la legislación española respecto de la Directiva, por cuanto que cabe la posibilidad de exigir dicho cambio en los supuestos no previstos en la evaluación, pero sí si lo certifica el médico de la Seguridad Social (**LOUSADA AROCHENA**, *op. cit.*, p. 716).

Extensamente, en lo relativo a la certificación médica *vid.*, **GORELLI HERNÁNDEZ** e **IGARTUA MIRÓ**, *op. cit.*, p. 5 a 9; y **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA.** *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 147 y ss.

exentos de riesgos, elaborada previa consulta con los representantes de los trabajadores (párrafo 1º art. 26.2 LPRL)<sup>1076</sup>.

En cuarto lugar, si no existiera un puesto de trabajo o función compatible con su estado, deberá ser destinada a un puesto que no corresponda con su grupo o categoría equivalente (párrafo 3º art. 26.2º LPRL)<sup>1077</sup>.

Finalmente, si esto último no resultara técnica y objetivamente posible, o no pueda objetivamente exigirse por motivos justificados<sup>1078</sup>, deberá suspenderse la relación de trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o salud (art. 26.3º LPRL)<sup>1079</sup>.

Se trata, por tanto, de una medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores<sup>1080</sup>.

Ahora bien, en el instante que sea posible proporcionarle un puesto de trabajo a la embarazada compatible con su estado, ésta debe incorporarse al mismo, aunque ello le

---

<sup>1076</sup> Referencia que debe entenderse hecha tanto a los representantes unitarios o sindicales de la trabajadora, así como a los delegados de prevención. **LUQUE PARRA y GALA DURÁN**. *El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 249.

<sup>1077</sup> En tal caso, debe entenderse que la trabajadora no sólo mantiene el derecho a la retribución de origen (párrafo 3º art. 26.2 LPRL) sino también el derecho a percibir la que corresponda en su nuevo destino de ser superior. Debiéndose respetar, aunque la norma no lo especifique, los límites previstos para la movilidad funcional. Cfr. **GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR**. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 173; **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 854; **CARDONA RUBERT**. *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, op. cit., p. 57 y 58; y **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, op. cit., p. 157.

<sup>1078</sup> En cuanto al significado de estos conceptos jurídicos indeterminados, la expresión “imposibilidad técnica u objetiva”, debe entenderse que “se trata de supuestos en los que pese al cumplimiento empresarial de las obligaciones en esta materia no hay puesto de trabajo exentos de riesgo, ya sea por la dinámica misma del proceso productivo, por motivos de organización del trabajo, o bien por tratarse de situaciones en las que la prestación de trabajo viene siempre acompañada de un determinado riesgo profesional que no puede evitarse en su totalidad”. Por otra parte, cuando se refiere a que el cambio no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se refiere a “supuestos en los que pese a ser posible el cambio de puesto de trabajo, este es especialmente gravoso u oneroso para el empresario”. **MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 132 y 133. En términos similares en, **GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ**. *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, op. cit. (versión digital), p. 9 y 10. La doctrina laboral (**PEDROSA ALQUÉZAR**) entiende que la concreción de estos parámetros debe corresponder a la negociación colectiva, *cit.* **ROLDÁN MARTÍNEZ**. *Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo*, op. cit., p. 140.

<sup>1079</sup> Posibilidad introducida por la Ley 39/1999, 5 de noviembre (BOE 6 de noviembre), de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, dando cumplimiento a lo previsto en el art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE (en concreto “la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”).

En el supuesto de que se suspenda la relación de trabajo la trabajadora pasará a percibir un subsidio por riesgo durante el embarazo (arts. 134 y 135 TRLGSS). Medida que lo que pretende es evitar lo que se ha denominado “efecto boomerang”, esto es, para superar el desincentivo a la contratación de mujeres que supondría que el empresario tuviera que asumir el coste de esta contingencia, **MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 144. No obstante, la doctrina ha criticado la exigencia de una cotización previa para poder acceder a la prestación (180 días en cinco años), abogando por su equiparación a las contingencias profesionales o a los accidentes no laborales. *Vid.* una exposición de los posicionamientos doctrinales al respecto en, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 160 y 161.

En cuanto a la regulación del procedimiento para su percibo *vid.*, art. 21 Decreto 1251/2001, 16 de noviembre (BOE 17 de noviembre), que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. En este sentido, es importante tener en cuenta que la suspensión de la relación de trabajo es independiente del cumplimiento o no de la carencia (exigible sólo a los efectos del percibo del subsidio).

<sup>1080</sup> Se entiende que en estas circunstancias la suspensión opera de forma automática siempre y cuando el empresario acredite alguno de estos extremos. **ROLDÁN MARTÍNEZ**. *Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo*, op. cit., p. 140.

coloque, técnicamente, en situación de movilidad funcional ordinaria o extraordinaria<sup>1081</sup>. Sin que la trabajadora tenga reconocido un *ius resistentiae*<sup>1082</sup>.

En tal caso, la suspensión de la relación de trabajo se mantendrá hasta que desaparezca el riesgo que amenaza a la trabajadora y/o al feto. O bien, cuando concurren las circunstancias que posibiliten la aplicación de alguna de las medidas que describen la secuencia descrita (arts. 26.3º LPRL y 48.5 TRET). Finalmente, si ninguna de estas circunstancias concurriera, la suspensión se mantendrá hasta que dé comienzo el período de suspensión por maternidad (art. 48.5 TRET).

Finalmente, el empresario deberá proceder a la suspensión de la relación de trabajo en el supuesto de riesgo durante la lactancia, en las mismas circunstancias y bajo los mismos condicionantes legales que los previstos para el supuesto de riesgo durante el embarazo (aunque, eso sí, teniendo en cuenta la heterogeneidad del riesgo que concurre en cada caso)<sup>1083</sup>. No obstante, conviene advertir que, a pesar de lo reclamado por un sector de la doctrina<sup>1084</sup>, este supuesto suspensivo finaliza en el momento que el menor cumpla los nueve meses o bien si la madre se hubiera reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación (art. 48.5 TRET).

En cualquier caso, de lo expuesto y atendiendo al *iter* procedimental descrito, es bastante probable que no se generalice el uso de este tipo de medidas. En este sentido, si la existencia de pronunciamientos judiciales es una evidencia de la aplicación de una norma, podemos colegir que se trata de un mecanismo, a fecha de hoy, escasamente empleado<sup>1085</sup>.

---

<sup>1081</sup> **MELLA MÉNDEZ**. *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, op. cit. (versión digital).

<sup>1082</sup> **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 855.

<sup>1083</sup> Con anterioridad a la LOI, la legislación (art. 26.4 LPRL) no preveía la posibilidad de suspender la relación de trabajo en los supuestos de riesgo durante la lactancia. Hecho criticado por la doctrina. *Vid.* al respecto, **CAVAS MARTÍNEZ**. *Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I y II)*. *Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, op. cit. (versión digital); **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 162; **GORELLI HERNÁNDEZ** e **IGARTUA MIRÓ**. *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, op. cit. (versión digital), p. 11; y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. RL nº 22, 2007, p. 87

<sup>1084</sup> En efecto, un sector de la doctrina reclamaba (con anterioridad a la promulgación de la LOI) que, en relación a la duración de este tipo de medidas, no cabía entender aplicable el plazo de 9 meses establecido en el TRET, dado que si la finalidad de la norma es la protección del recién nacido frente a la existencia de determinados riesgos, debe entenderse que no cabe establecer un plazo máximo de duración (en concreto, no cabe acudir al período establecido en el art. 37.4 TRET). Debe entenderse que el facultativo que asiste a la trabajadora es el competente para determinar en qué momento ya no es necesario de continuar con la medida de protección. **MORENO GENÉ**, **ROMERO BURILLO** y **PARDELL VEÀ**. *La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1001); y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 302. En contra, **GONZÁLEZ ORTEGA** y **APARICIO TOVAR**. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., p. 175.

<sup>1085</sup> Los pronunciamientos encontrados sobre la materia son los siguientes – aunque todos vinculados a la prestación por riesgo durante el embarazo: SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 29 de noviembre 2006 (AS 2007\491); Canarias (Tenerife) 15 de mayo 2005 (AS 2006\973); y Cataluña 18 de noviembre 2004 (AS 3814); y 22 de diciembre 2003 (AS 2004\1254).

### ***2.3.2.- Negociación colectiva y la alteración del contenido del contrato en situaciones de riesgo durante el embarazo.***

El tratamiento dispensado en la negociación colectiva al respecto no está siendo excesivamente destacable. La mayor parte de los convenios consultados se limitan a reproducir el texto de la legislación vigente<sup>1086</sup> o bien a remitirse a los preceptos que regulan este supuesto<sup>1087</sup>. También es bastante frecuente que se establezcan medidas dirigidas a mejorar la acción protectora de la Seguridad Social posibilitando a la trabajadora el percibo de su salario<sup>1088</sup>; o el 100 % de la base reguladora (medida, como se ha visto, incorporada recientemente al texto legal)<sup>1089</sup>.

En definitiva, esta escasa regulación evidencia, por lo menos, la existencia de un interés escaso por parte de la autonomía colectiva. Quizás, ello se deba a la alta densidad normativa existente (el celo del Legislador por monitorizar el procedimiento es elevado) y/o bien, a las escasas posibilidades de que estas medidas se puedan llevar a la práctica con la frecuencia que estos riesgos están presentes.

---

<sup>1086</sup> CCOL – Estatal - industria textil y de la confección (BOE 4 de enero 2007, RCL 32); CCOL – Almería – Dependencia Mercantil (BO. Almería 2 de julio 2007, LEG 5013); CCOL – Cataluña - trabajadores de atención domiciliaria y familiar (DOGC 6 de noviembre 2006, LCAT 940).

<sup>1087</sup> CCOL – Estatal - Asistencia Social (BOE 19 de junio 2007, RCL 1182); CCOL – Estatal – Estaciones de Servicio (BOE 26 de marzo 2007, RCL 615); CCOL – Estatal - fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 de diciembre 2006, RCL 2251); CCOL – Estatal - Industria Fotográfica (BOE 6 de junio 2006, RCL 1147); CCOL – Valladolid - Laboratorios de Prótesis Dental (BO. Valladolid 23 de mayo 2007, LEG 3968); CCOL – Madrid - Tintorerías y Lavanderías (BO. Madrid 6 de junio 2007, LCM 229); CCOL – Córdoba - Industrias Panificadoras (BO. Córdoba 12 de diciembre 2006, LEG 7883); CCOL – Cataluña – Licores (DOGC 18 de diciembre 2006, LCAT 931); CCOL – Cantabria - Comercio de Materiales de Construcción (BO. Cantabria 3 de noviembre 2006, LCTB 320); CCOL – Bizkaia - Centros Privados de la Tercera Edad (BO. Bizkaia 27 de noviembre 2006, LEG 7418); CCOL – Baleares - Marroquinería, Confección en Piel e Industrias Afines (BO. Illes Balears 12 de octubre 2006, LIB 306); CCOL – Cataluña – Trabajo Agropecuario (DOGC 7 de noviembre 2006, LCAT 845); CCOL – Sevilla - sector del Aceite y sus derivados (BO. Sevilla 29 de julio 2006, LEG 5337).

<sup>1088</sup> CCOL – Estatal - Cadenas de Tiendas de Conveniencia (BOE 12 de diciembre 2006, RCL 2210); CCOL – Estatal - instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 6 de septiembre 2006, RCL 1674); CCOL Personal Laboral Comunidad Autónoma Murcia (BO. Murcia 1 de junio 2007, LRM 192); CCOL – Bizkaia - Autoescuelas-Escuelas de Conductores (BO. Bizkaia 26 de febrero 2007, LEG 3078); CCOL – Navarra – Comercio del Metal (BO. Navarra 27 de diciembre 2006, LNA 333); CCOL – Cataluña - trabajadores de atención domiciliaria y familiar (DOGC 20 de diciembre 2006, LCAT 940); CCOL – Bizkaia - Sector de Centros Privados de la Tercera Edad (BO. Bizkaia 27 de noviembre 2006, LEG 7418); CCOL – Navarra - Talleres de Reparación de Vehículos (BO. Navarra 13 de septiembre 2006, LNA 253); CCOL – Cantabria - Obradores y Despachos de Confeitería, Pastelería, Repostería y Bollería Artesanos (BO. Cantabria 9 de agosto 2006, LCTB 251); CCOL – Sevilla - Industrias Siderometalúrgicas (BO. Sevilla 10 de agosto 2006, LEG 5384); CCOL – Navarra - Obradores y Fábricas de Pastelería, Confeitería y Repostería (BO. Navarra 16 de agosto 2006, LNA 222); CCOL – Navarra – Industria Textil (BO. Navarra 11 de agosto 2006, LNA 220)

<sup>1089</sup> CCOL – Illes Balears - Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BO. Illes Balears 9 de diciembre 2006, LIB 361), CCOL – Huesca - Industrias de Hostelería y Turismo (BO. Huesca 2 de octubre 2006, LEG 5563); CCOL – Navarra – Peluquerías (BO. Navarra 11 de octubre 2006, LNA 275); CCOL – Valencia - Comercio del Metal (BO. Valencia 22 de septiembre 2006, LEG 5539); CCOL – Cantabria - Fabricación, Venta y Distribución de Pan (BO. Cantabria 9 de agosto 2006, LCTB 250); CCOL – Badajoz - Comercio de la madera, el mueble y la marquetería (DO. Extremadura 13 de julio 2006, LEG 3342).

#### **2.4.- La renovación de los contratos de duración determinada.**

La tácita reconducción de los contratos de duración determinada es otra de las manifestaciones jurídico-positivas de la estabilidad en el empleo. Como se sabe, la llegada del término motiva la extinción del contrato (por su cumplimiento<sup>1090</sup>). Ahora bien, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, si no media denuncia, se prevé la continuidad de la relación contractual más allá de la duración preestablecida a través de una conversión legal (por consiguiente, desvinculándose de una voluntad tácita o presunta de los contratantes). De modo que el término deja de tener efecto *ipso iure*, obligando a la realización formal de la denuncia<sup>1091</sup>, que no deja de ser “un acto normal de cumplimiento, el acto final, en la mecánica del contrato que ligaba a ambas partes”<sup>1092</sup>. Si, tradicionalmente, la tácita reconducción implicaba la manifestación de voluntad de las partes de celebrar un contrato similar en su contenido al anterior, desde la promulgación de la LCT<sup>94</sup>, se evoluciona hacia la renovación por tiempo indefinido (hoy recogida en el art. 49.1.c TRET)<sup>1093</sup>.

Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, el factor sobre el que gravita la continuidad o no de la relación de trabajo es la existencia o no de una *denuncia*<sup>1094</sup>. Y, lo cierto es que, a pesar de la apuesta por la continuidad, la configuración legal vigente ofrece notables facilidades para abortar la renovación del contrato (protegiendo los intereses del empresario<sup>1095</sup>):

En primer lugar, para efectuar la denuncia no se exige formalidad alguna (aunque se acostumbra a hacer por escrito)<sup>1096</sup>. En segundo lugar, sólo se exige un plazo para efectuarla en los contratos a término de cierta duración (más de un año); y su incumplimiento (esto es, la denuncia extemporánea) sólo genera el derecho a percibir una indemnización por los días que falten hasta dicho plazo. Y, finalmente, para el caso de que no se denuncie el contrato (y siempre que se continúen prestando los servicios), la renovación no se producirá si se acredita (el que quiera destruir la presunción – *iuris tantum*) “la naturaleza temporal de la prestación”<sup>1097</sup>.

---

<sup>1090</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 15 y ss.

<sup>1091</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 18.

<sup>1092</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 24

<sup>1093</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La relación de trabajo de duración determinada*. RPS nº 50, p. 47. Salvo en algunos colectivos que, por circunstancias particulares, se entiende que el juego de la tácita reconducción no es posible. Por ejemplo, los profesores de religión católica. SSTS 9 de julio 2003 (RJ 8372); y 6 de junio 2005 (RJ 2006\4119). Supuestos, éstos últimos en los que, en puridad, no es posible entender que concurre una tácita reconducción.

<sup>1094</sup> Un análisis de la naturaleza jurídica de esta institución en, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La relación de trabajo de duración determinada*, op. cit., p. 49 y ss.

<sup>1095</sup> SEMPERE NAVARRO. *La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales*, op. cit., p. 175.

<sup>1096</sup> La denuncia extemporánea (esto es, la relativa a los contratos de duración superior a un año – 15 días - apartado 3 art. 49.1.c TRET), únicamente da lugar a una indemnización por los días de trabajo no preavisados.

<sup>1097</sup> Apartado 2 del art. 49.1.c) TRET; y art. 8.2 Decreto 2720/1998.

A su vez, conviene tener en cuenta que a pesar de excluirse la posibilidad de pactar la no renovación indefinida (como sucedía con el art. 76.2 LCT<sup>1098</sup>), la tácita reconducción indefinida también está planteada en términos restrictivos, pues, en los contratos que tengan previsto un plazo de duración máximo y se hayan pactado por una duración inferior, la llegada del término sin denuncia sólo comporta la renovación hasta la duración máxima legalmente prevista<sup>1099</sup>.

En definitiva, el régimen jurídico vigente reduce las posibilidades de que la renovación pueda actuar con mayor frecuencia.

---

<sup>1098</sup> Así lo entiende **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La relación de trabajo de duración determinada*, op. cit., p. 53.

<sup>1099</sup> Párrafo 2º del art. 49.1.c) TRET y el art. 8.2 Decreto 2720/1998, 18 de diciembre (BOE 8 de enero 1999).

### **3.- Recapitulación.**

A partir de los parámetros dogmáticos descritos con anterioridad<sup>1100</sup>, en el presente *Epígrafe I* de este *Apartado B* que ahora concluimos, se ha tratado de hacer una exposición sistematizada de los elementos presentes en las diversas instituciones “modificadorias” que promueven activamente la continuidad del contrato de trabajo. Análisis – recuérdese - cuyo fin último es tratar de delimitar la intensidad con la que la estabilidad en el empleo se persigue en el ordenamiento jurídico español; y que quedará debidamente completado con el estudio de los supuestos suspensivos y de ineficacia contractual que se efectuará en los apartados que siguen<sup>1101</sup>.

Como primera idea que puede extraerse de lo expuesto es que los diversos instrumentos “modificadorios” analizados describen un estatuto protector de la estabilidad en el empleo ciertamente completo y, sobre todo, en expansión. Sin duda, en su conjunto, estas instituciones describen una movilidad interna en términos ciertamente amplios; y lo que es más importante, se configura atendiendo a los intereses de los dos contratantes. Lo que no quiere decir que no comporte coste alguno para el trabajador, ni que el modelo esté libre de sombras y de factores de incertidumbre. De hecho, a lo largo de la exposición se han identificado ciertos aspectos que, en cierto modo, ponen en entredicho esta concepción, posibilitando vías de escape que redundan negativamente en la estabilidad.

De lo expuesto hasta este momento, podemos colegir que, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, la idea que subyace en las instituciones “modificadorias” es sencilla de exponer: frente al carácter traumático de la *movilidad externa*, es preferible articular medidas de *movilidad interna*, que permitan una mejor adaptación del contrato a las circunstancias concurrentes (una mayor flexibilidad), a fin de disipar o posponer los ajustes de plantilla o los abandonos o desistimientos. Paralelamente, ante el acaecimiento de hechos sobrevenidos que, por lo menos, dificultan el desarrollo de las prestaciones pactadas, es preferible exonerar a las partes de su cumplimiento durante un tiempo prudencial, manteniendo el derecho del trabajador a la reserva del puesto de trabajo, hasta comprobar la naturaleza del incumplimiento. A diferencia de la “modificación” que habilita la continuidad del contrato preparándolo para futuro, la suspensión de la relación de trabajo – como observaremos - posibilita la conservación del contrato soslayando los obstáculos que sobrevenidamente la ponen en peligro. Instrumentos que, como común denominador, operan conforme a dos vectores: condicionamiento de la legitimidad de su ejercicio a la concurrencia de un motivo

---

<sup>1100</sup> *Vid.* al respecto *Apartado A* de este *Capítulo IV*.

<sup>1101</sup> Esto es, *Epígrafe II* de este *Apartado C* de este *Capítulo IV*.

legalmente descrito (exigencia de una justificación); y, como una derivación del primero, garantías de procedimiento y de control.

Debe tenerse en cuenta que, en muchas ocasiones, la estabilidad en el empleo, como objetivo a seguir, simultanea con otros propósitos (distinguiéndose entre fines *remotos* o *próximos*), de modo que la conservación del contrato puede evidenciarse como un valor en sí mismo, pero también como un medio (instrumental) para alcanzar otros objetivos. Asumiendo que las conclusiones que puedan extraerse de lo expuesto deben ser necesariamente parciales, por cuanto que el análisis no será completo hasta que analicemos el régimen jurídico de los supuestos de ineficacia contractual por resolución, podemos afirmar que al contrato de trabajo de forma “aluvional” se le han ido añadiendo “estratos protectores” para hacer frente a un número cada vez mayor de riesgos.

Estos mecanismos de protección operan siempre a costa de lo único que tradicionalmente ha protegido al trabajador: el contrato de trabajo. En efecto, la “modificación” (recuérdese, entendida en términos amplios) es un excelente mecanismo para prolongar la vigencia del contrato (en tanto que de ejecución sucesiva o continuada), aunque se haga al margen de lo pactado. De todos modos, es precisamente gracias a esta actuación en contra del contrato lo que habilita la continuidad. La necesidad de posibilitar la progresiva adaptación de lo pactado a los sucesivos cambios atribuye a este “instrumento” un papel nuclear en la estabilidad en el empleo, pues, al prevenir la mediata o inmediata ineficacia contractual, garantiza - si se nos permite - su prolongación en el tiempo. Lo que no debe llevarnos a pensar que el contrato de trabajo es absolutamente maleable. El sometimiento de esta facultad “modificatoria” a la concurrencia de una causa o motivo delimita (o cuantifica) la intensidad de esta maleabilidad (socialmente aceptada); evidencia que no toda alteración es buena, *per se*, si posibilita la estabilidad en el empleo; y, a su vez, se erige (junto con el control judicial) en el principal mecanismo de monitorización de una facultad que, pese a ser beneficiosa en términos de estabilidad, resulta extraordinariamente peligrosa para el tráfico jurídico.

- El reconocimiento del *ius variandi* y de la facultad de modificación unilateral del empresario, (arts. 39.2, 40 y 41 TRET), como facultades diferenciadas que exceden del poder de dirección del empresario, debe contextualizarse en la lógica de la *secuencialidad* o *alienamiento funcional* (lo mismo cabe decir de la suspensión y de la resolución por causas de empresa). Según este planteamiento, a medida que el desequilibrio contractual se intensifica se van incrementando las facultades de alteración, de modo que en las situaciones de desequilibrio más intenso opera el principio, “quien puede lo más puede lo menos”. Planteamiento que se completa con la incardinación de estas alteraciones contractuales de carácter fisiológico en el seno de la teoría de la excesiva onerosidad y de la estabilidad en el empleo.



Más específicamente, el *ius variandi* (de larga tradición en el Derecho del Trabajo) se refiere a la modificación temporal de las funciones del trabajador ante el acaecimiento de determinadas circunstancias transitorias que afecten a cualquier ámbito de la empresa (a pesar de la omisión de los ámbitos “económico” y “productivo”), provocando un desequilibrio contractual (en principio, de menor intensidad al exigido en los arts. 40 y 41 TRET). Aunque, para el caso de que se trate de encomendar funciones inferiores, se intensifica el desequilibrio exigible (aunque, la norma, en pureza, sólo se refiere a la naturaleza del hecho sobrevenido). Situación en la que, además, se exige un deber de información al empresario. En virtud de todo ello, puede afirmarse que el *ius variandi* es un instrumento de gestión ordinaria de la empresa frente a una tipología de riesgos muy determinada.

La configuración legal de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 TRET) comporta un nivel de complejidad técnico-jurídica extraordinario, especialmente (dejando al margen la modificación de los convenios colectivos y otros “productos” derivados de la autonomía colectiva), porque, a diferencia del *ius variandi*, no sólo posibilita sustraerse de lo pactado, sino que, además, permite imponer nuevas condiciones de trabajo con carácter indefinido (sin que el trabajador tenga reconocido formalmente un *ius resistendae*); lo que desconfigura el equilibrio contractual originario entre las prestaciones por completo. Sin duda, se trata de una medida que genera muchas incertidumbres, sólo aplacadas (en parte) por dos elementos. Por un lado, la garantía de que la continuidad del contrato de trabajo, *en principio*, nunca está amenazada. Y, por otro lado, por la exigencia de un motivo que lo justifique (una excesiva onerosidad a caballo entre la exigida para el *ius variandi* y para la resolución *ex art. 52.c TRET*) y de ciertas formalidades con el objeto de monitorizar la “razonabilidad” y “oportunidad” de la medida propuesta, a fin de despejar toda sombra de discrecionalidad empresarial. Aunque la desaparición del control administrativo previo, compensado por la intervención de los representantes de los trabajadores en casos *cualificados* (pero sólo parcialmente, pues, no tienen un derecho de veto), ha significado un retroceso sustancial en la monitorización de la idoneidad de este tipo de decisiones empresariales.

Los factores de incertidumbre son fundamentalmente dos. Primero, “lo modificable” tiene como límites infranqueables: la sustitución de un contrato por otro (de modo que, mientras no se supere este límite, todo es modificable) y la dignidad y formación profesional del trabajador (aspectos que, por otra parte, no garantizan la conservación del contrato). Sin olvidar que todo aquello que no sea “sustancial” queda al amparo del poder de dirección del empresario y, por consiguiente, se califica como una modificación de “baja intensidad” (una mera especificación del objeto del contrato). Y, segundo, la vaporosa configuración de los motivos justificadores (auspiciados o promovidos por un postulado siempre optimizable) e incardinados en un contexto de cotidianeidad y de necesidades fisiológicas de la organización

productiva (bastando que posibiliten la “mejora” de su situación). Sin que la *lógica secuencial* sea un elemento que contribuya en exceso a dar luz sobre esta graduación cuando se trata de “bajar” al caso concreto. Evidenciando, por otra parte, una diferencia sustancial con respecto a los supuestos de modificación reconocidos al trabajador. En este sentido, el recurso al argumento de la competitividad (frecuentemente, recurrente) disuade todo intento por perfilar (que no acotar) una fórmula que en su configuración actual está absolutamente “descontrolada”. Por otra parte, el papel de los órganos jurisdiccionales al respecto no puede calificarse como satisfactorio, pues, a pesar de la bondad – aparente – que parece impulsarla (pues, contribuye a garantizar el empleo), no puede aceptarse la tendencia a relativizar o aligerar la necesidad de probar la concurrencia del desequilibrio contractual (en especial, cuando hay acuerdo con los representantes de los trabajadores); y, cuando se exige, se aprecia un uso excesivo de formulaciones argumentativas retóricas y se soslayan estadios del proceso lógico-deductivo que dificultan la comprensión de los motivos por los que, en el caso concreto que se enjuicia, los hechos pueden subsumirse en el supuesto de hecho de la norma jurídica (aspecto sobre el que nos detendremos con mayor detalle al analizar la resolución del contrato por causas de empresa). Entorpeciendo, todo ello, la previsibilidad de los fallos judiciales y, por consiguiente, la seguridad del tráfico jurídico.

Elementos que, sin duda, describen un escenario ciertamente incierto, sólo justificable por la idea del mal menor, esto es, la garantía del empleo. Argumento que, precisamente, constriñe el recurso a la resolución por excesiva onerosidad por parte del trabajador ante el nuevo equilibrio contractual impuesto por el empresario; pues – como se analizará –, sería un contrasentido permitir la modificación sustancial de condiciones de trabajo para posibilitar la continuidad, para, a continuación, promover la resolución indemnizada del contrato (o lo que es lo mismo, más expresivamente, “se estaría dejando entrar por la ventana lo que no se quiere que entre por la puerta”).

Planteamientos todos ellos que, en su mayor parte, se reiteran en la articulación de la movilidad geográfica (salvo en la discusión relativa a la sustancialidad de la modificación – que se presume - y la mayor facilidad para resolver el contrato indemnizadamente por excesiva onerosidad, pues, no se condiciona a la prueba de los perjuicios del trabajador – que también se presumen). En cuanto a las posibilidades para efectuar una modificación de la jornada de trabajo mediante un expediente de regulación de empleo, a partir de la separación conceptual entre la suspensión de la relación de trabajo y la reducción de jornada, debe defenderse, atendiendo a la configuración legal vigente, las extraordinarias limitaciones sustantivas para acudir a este cauce modificativo y, por consiguiente, la necesaria reconducción a los parámetros descritos en el art. 41 TRET (sin olvidar el contenido del art. 12.4.e TRET). Lo que no significa obviar la importancia de este instrumento para evitar soluciones más

“traumáticas”, sino abogar por una adecuada formulación jurídico-positiva que expresamente lo posibilite.

- El incremento sustancial de los derechos del trabajador para modificar ciertas condiciones de trabajo es un aspecto esencial en la protección del empleo, marcando un punto de inflexión en su evolución (tradicionalmente construida alrededor de los intereses de una sola de las partes), porque su positivación es un síntoma que confirma la vigencia de la estabilidad y, sobre todo, su tendencia expansiva. La necesidad de evitar el abandono o el desistimiento del trabajador frente a hechos sobrevenidos que alteran el equilibrio de lo pactado y que contribuyen, por lo general, al bienestar colectivo de la sociedad, es un planteamiento que, pese a su tardía aparición, está adquiriendo una importancia notable; y es probable que se incremente con el tiempo, ante la contemplación (o identificación) de nuevas fuentes de inestabilidad (precipitado probablemente por el aumento de la concienciación social – y política - al respecto). Por otra parte, el reconocimiento de esta facultad modificatoria al trabajador (junto con la suspensiva) puede interpretarse como un acercamiento en las posiciones de fuerza de los contratantes, relegando el interés del empresario a un segundo plano y fortaleciendo el papel de la empresa como eje gravitatorio de la estabilidad en el empleo. En definitiva, se consolida la bilateralidad (o, si se prefiere, reciprocidad) de la flexibilidad. Dimensión que, a su vez (y junto con los nuevos supuestos suspensivos a instancia del trabajador), encumbra indiscutiblemente al art. 35 CE como el eje icónico de las facultades de modificación contractual reconocidas a ambos contratantes.

En concreto, la posibilidad de reducir la jornada de trabajo para el cuidado de determinados familiares y así como el haz de facultades modificatorias reconocido a las víctimas de violencia de género no dejan de evidenciar un cambio de tendencia revolucionario en la evolución de la estabilidad en el empleo. En cualquier caso, tal y como evidencian los recientes pronunciamientos judiciales, la norma sigue estando alejada de la realidad social, por lo que es probable que acabe amparando otro tipo de modificaciones (como, por ejemplo, los cambios de turno). La configuración de ciertas medidas de garantía para el ejercicio de estos derechos (declaración de nulidad en caso de resolución injustificada durante el ejercicio de estos derechos y la D. Ad. 18ª TRET), sólo cabe calificarlas como absolutamente imprescindibles para dotar a estos derechos de su calificación como tales.

Las facultades modificatorias reconocidas a las víctimas de violencia de género se articulan en términos ciertamente amplios (reducción de jornada – sin límite cuantitativo -, reordenación del tiempo de trabajo y traslado – con carácter preferente al “derecho del consorte”); bastando que se acredite la condición de víctima – sin necesidad de acreditar las concretas razones o motivos. Aunque la remisión normativa a la autonomía colectiva o al acuerdo entre empresa y trabajadora afectada para la especificación de ciertos aspectos, puede

erigirse en un obstáculo para proveer una adecuada respuesta a la situación de la víctima. En cuanto al traslado específicamente, entendemos que se trata de una facultad modificatoria unilateral reconocida a la trabajadora que, siempre que se den las circunstancias adecuadas, puede imponerse al empresario.

El art. 23 TRET no deja de ser una proyección de los arts. 27 y 35 CE y una evidencia de la posición de fuerza del trabajador para hacer valer sus intereses en determinadas circunstancias; en esta ocasión, su formación profesional. De todos modos, el precepto, pese a no precisar de mayores concreciones para atribuir una serie de derechos perfectamente ejercitables por el trabajador (elección de turno – art. 23.1.a – y adaptación de la jornada o suspensión – art. 23.1.b), presenta numerosas carencias, lamentablemente no cubiertas por la negociación colectiva.

- En cuanto a la tácita reconducción, la renovación del contrato sigue planteándose en términos ciertamente restrictivos, en primer lugar, porque el régimen jurídico de la denuncia es ciertamente deficiente, y el incumplimiento de las escasas formalidades existentes no comporta mayores efectos que una compensación económica. En segundo lugar, porque la renovación pese a la falta de denuncia no está garantizada, pues, cabe prueba en contrario; y, además, cuando la duración del contrato de duración determinada esté legal o convencionalmente sometida a una duración máxima y se haya pactado una duración inferior, la renovación ante la falta de denuncia sólo se prolongará hasta dicha fecha.

- Por otra parte, si tomamos como referencia la presencia de las normas en los pronunciamientos judiciales como barómetro determinante de su aplicación en el día a día, podemos afirmar que el impacto de la nulidad parcial en la promoción de la estabilidad en el empleo ha sido ciertamente escaso. Algo parecido puede acontecer con respecto a otros supuestos modificatorios y suspensivos impuestos por la LPRL – art. 26 - con el fin de preservar determinados bienes jurídico-públicos (la maternidad y la salud del recién nacido), dado el carácter farragoso del procedimiento a seguir, pues, no deja de ser un obstáculo para el efectivo desarrollo de estas medidas.

- En lo que respecta a la continuidad en el empleo pese al cambio de empresario, el proceso de reorganización productiva (descentralización) y el fomento de relaciones empresariales de cooperación y subcontratación que se han producido en las últimas décadas ha evidenciado numerosos conflictos, algunos, pendientes de solución. La respuesta legal ha mostrado síntomas de excesiva lentitud y falta de previsión, provocando la intervención de los órganos jurisdiccionales (nacionales y comunitarios) – sin que sea la mejor solución desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Aunque, dada la extraordinaria complejidad, diversidad y capacidad de mutación que caracteriza a los cambios económico-productivos, tememos que no existe alternativa mejor. De todos modos, aunque la evolución normativa puede valorarse

en términos positivos, pues, se ha tratado de dar respuesta a la complejidad de los fenómenos transmisivos, lo cierto es que con la reforma de 2001 se ha perdido la oportunidad de mejorar ciertos aspectos. Por ejemplo, se echa en falta una referencia explícita a realidades más amplias, como por ejemplo el grupo de empresas; así como el reconocimiento del derecho del trabajador a elegir si quiere o no formar parte de la nueva empresa - cuando sea posible. También hubiera sido deseable que la Legislación concursal hubiera detallado el proceso subrogatorio (especialmente en los supuestos en los que exista un convenio concursal o bien un plan liquidatorio). En cuanto a la evaluación del papel de los órganos jurisdiccionales en este proceso es difícil de precisar. Si bien es cierto que se ha superado la concepción organicista del fenómeno transmisor (no sin resistencias en la jurisprudencia española), se ha evidenciado nuevos problemas, al condicionar la subrogación a la existencia de una norma que lo prevea anticipadamente (en la negociación colectiva o así se imponga en la adjudicación administrativa) y a que se prevea la asunción de una parte “esencial” del personal por el nuevo adquirente. Por otra parte, aunque se parte de la premisa de que el fenómeno transmisor no es, *per se*, un motivo resolutorio suficiente, la discrecionalidad con la que los órganos jurisdiccionales nacionales están valorando el concepto “causas de empresa” no acaba de fortalecerla. Tampoco contribuye a intensificar la protección del empleo (sino todo lo contrario), la identificación de la finalización de una contrata con la llegada del término.

- Por otra parte, se observa que, en una visión de conjunto, a pesar de tratarse de cuestiones que, por lo general, tienen una alta densidad normativa, del estudio de los diversos convenios colectivos consultados podemos concluir que la autonomía colectiva no está haciendo uso de todas las potencialidades de que dispone, tendiendo a inhibirse de un modo generalizado. Y cuando no lo hace, se obtiene un resultado ciertamente desconcertante. En efecto, dejando al margen los supuestos en los que se produce una mera remisión a la regulación legal o una reproducción literal de lo allí previsto, por un lado, no es infrecuente que se emplee la autonomía colectiva para mejorar la respuesta legal, incrementando los derechos de los trabajadores como, por ejemplo, en los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares y, en menor medida, en los de transmisión de empresa (para determinados sectores económicos – como por ejemplo, limpieza, seguridad, etc.).

Pero, por otro lado, también puede observarse como se emplea para depreciar la protección legal. En efecto, cuando se decide desarrollar las facultades atribuidas al empresario (que no sucede muy a menudo), los convenios colectivos toman una derivada - a nuestro entender - que excede de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico, como sucede con las ‘cláusulas de reserva de modificación’. La necesidad de buscar fórmulas que posibiliten mecanismos de flexibilidad ha derivado en desarrollos convencionales que menosprecian la naturaleza de derecho necesario relativo de algunas disposiciones legales. Sin negar que estas

medidas pueden ser especialmente adecuadas para la estabilidad en el empleo, y más si son aceptadas por los propios trabajadores, entendemos que la opción, en aras a la seguridad jurídica, debe pasar por reformular la configuración jurídico-positiva. En cambio, en la movilidad geográfica se aprecia una tendencia a la limitación de esta facultad empresarial. Probablemente la razón de este tratamiento tan diferenciado radique en la honda repercusión que estas medidas tienen en la vida del trabajador – que se traduce en el interés de los trabajadores a minimizar en la medida de lo posible esta facultad empresarial -, así como por su uso, por lo general, poco frecuente (y, por lo tanto, el escaso coste que para el empresario supone transigir en estas cuestiones).

Entendemos, por tanto, que esta generalizada inhibición de la autonomía colectiva respecto de estas cuestiones debe valorarse negativamente, pues, supone renunciar a un excelente mecanismo para dar respuesta a los verdaderos requerimientos de estabilidad en el empleo existentes en cada sector productivo o empresa.

- En definitiva, podemos afirmar que del análisis de conjunto, se observa una cierta descoordinación en la configuración de los diversos instrumentos “modificatorios”. Se aprecia una actuación legislativa sin excesivo concierto. De hecho, empieza a verificarse la sospecha, anunciada al comienzo de este *Capítulo IV*, de que el modelo de protección del empleo en el ordenamiento jurídico español no forma un *sistema* y que, en definitiva, es el resultado de una acción legislativa sin una planificación de conjunto. Sin embargo, ésta es una afirmación que, por el momento, no podemos generalizar, pues, debemos proceder al estudio de los supuestos de suspensión de la relación de trabajo (*Epígrafe II del Apartado B* de este *Capítulo IV*) y de ineficacia contractual (*Apartado C* también de este *Capítulo IV*). Aunque, avanzado las conclusiones, todo parece indicar que de dicha investigación pueda desprenderse una refutación sólida de la hipótesis apuntada.

## ***II.- Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la excepción temporal del juego resolutorio.***

La existencia de diversos supuestos suspensivos, no es más que el intento del Legislador de preservar la continuidad del empleo frente a heterogéneas fuentes de inestabilidad que pueden amenazarlo a lo largo de su vigencia. Y lo cierto es que, a pesar de que todos deben calificarse como “supuestos suspensivos”, cada uno de ellos opera conforme a una lógica autónoma, atendiendo a la naturaleza del riesgo que tratan de prevenir. Por otra parte, es bastante frecuente que la estabilidad en el empleo como objetivo a seguir simultanee con otros objetivos concurrentes (pudiéndose distinguir entre fines *remotos* o *próximos*). Como se ha apuntado, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, la regulación de la suspensión de la relación de trabajo plantea dos desafíos de política legislativa: por un lado, decidir qué hechos sobrevenidos de naturaleza temporal pueden amenazar a la continuidad del contrato de trabajo y entre ellos, cuáles deben ser objeto de regulación; y, una vez hecha esta discriminación, determinar en qué momento el incumplimiento temporal debe calificarse como un supuesto de ineficacia contractual, esto es, hasta cuándo puede mantenerse la contención de la facultad resolutoria.

El ordenamiento jurídico trata de dar respuesta a estas cuestiones. Aunque de un modo ciertamente confuso. En primer lugar, porque, además de las deficiencias técnico-jurídicas denunciadas, la sistematización que propone el art. 45 TRET es incompleta (no se hace mención al supuesto previsto en los arts. 23.b) y 48.2 TRET, ni a la suspensión en crisis concursales, ni a la suspensión por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural). En segundo lugar, porque el TRET es, en ocasiones, excesivamente parco, debiéndose acudir (aunque el TRET no lo manifieste expresamente) a la regulación jurídica contenida en varios textos legislativos (TRLGSS, RDLRT<sup>77</sup>, LOLS, LPRL y LC), con los conflictos que ello puede dar pie.

El objeto de este epígrafe, siguiendo la misma metodología empleada para las “modificaciones”, es, por un lado, identificar aquellos aspectos del régimen jurídico de la suspensión de la relación del contrato previstos en el ordenamiento jurídico que efectivamente evitan la extinción sobrevenida del contrato; y, por otro, tratar de ofrecer una exposición ordenada de los mismos. Atendiendo a la heterogeneidad de los hechos sobrevenidos que dan lugar a la suspensión de la relación de trabajo así como a la deficiente y dispersa regulación normativa parece del todo adecuado que, para el estudio de los supuestos suspensivos,

tratemos de proponer una exposición sistematizadora en base a las categorías dogmáticas descritas en el *Apartado A* de este *Capítulo IV* (teniendo en cuenta el factor subjetivo)<sup>1</sup>.

En cualquier caso, en una valoración de conjunto anticipada al analizar los supuestos “modificatorios”, lo cierto es que en los últimos años puede constatarse un incremento importante de la esfera de actuación de la movilidad interna (en este sentido, reiteramos nuestra idea de que la expresión “movilidad interna” está referida a la suspensión y a la “modificación”). Llegados a este estadio, no es casualidad que la mayor parte de las medidas dirigidas a incrementar el ámbito de operatividad de la movilidad interna estén referidas a la excesiva onerosidad. A diferencia de la imposibilidad objetiva, aquella, dada su delimitación conceptual, permite un “campo de juego” ciertamente extenso desde un punto de vista de política legislativa.

Análisis que, debe complementarse con lo apuntado con ocasión de las “modificaciones” y que – recuérdese - se enmarca en el propósito de ofrecer una visión de conjunto de la intensidad con la que se promueve la estabilidad en el empleo en el sistema jurídico español. Veamos, a continuación, todos estos aspectos.

### ***1.- La suspensión por excesiva onerosidad sobrevenida.***

La concurrencia de un desequilibrio contractual que afecte a la causa del contrato transitoriamente y, por consiguiente, motive la suspensión de la relación de trabajo, puede estar referida tanto al trabajador como al empresario. Los supuestos que afectan al empresario están regulados en el art. 47 TRET, mientras que los que afectan al trabajador son los arts. 23.b), 46.3, 48.6, 48.bis y 48.4 TRET. Supuesto éste último que en tanto que también puede calificarse como un supuesto de imposibilidad objetiva (mientras dure el puerperio) será analizado en dos partes.

#### ***1.1.- Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el empresario: la suspensión por ‘causas de empresa’.***

La suspensión de la relación de trabajo es otra de las medidas de que dispone el empresario para tratar de sobreponerse al desequilibrio sobrevenido por excesiva onerosidad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> No obstante, con carácter previo apuntamos que, sin perjuicio de lo que se expondrá con ocasión de las causas resolutorias previstas en el art. 52 TRET, el supuesto suspensivo previsto en el apartado b) del citado precepto no será objeto de estudio, pues, dados los términos de su configuración (mantenimiento de la prestación salarial), estimamos que se trata más bien de un permiso que de un supuesto suspensivo.



<sup>2</sup> Como se ha analizado, en la LCT<sup>31</sup> la excesiva onerosidad sobrevenida sólo tiene un reconocimiento legal como causa justificativa de la extinción de los contratos en las situaciones de crisis (*ex art. 46 LJM<sup>31</sup>*). Por su parte, en tanto que art. 92 LCT<sup>31</sup> parece referirse a situaciones calificables como imposibilidad objetiva (falta de materiales y suministros), por lo que, en principio, el ordenamiento jurídico no habilita al empresario para solicitar la suspensión de los contratos por excesiva onerosidad. Como se ha analizado, con la finalidad de articular soluciones menos traumáticas y tratando de adaptarse a situaciones intermedias, el DCr<sup>35</sup> que regula el *despido* parcial de trabajadores para remediar al paro forzoso, y que completa el art. 46 LJM<sup>31</sup>, dispone como medidas previas dirigidas a evitar la extinción de los contratos, el establecimiento de turnos o la reducción de los días semanales de labor. Sin embargo, no se menciona de un modo expreso la posibilidad de suspender los contratos de trabajo. De hecho, el establecimiento de turnos o la reducción de los días semanales de labor constituyen un supuesto de novación objetiva del contrato, con la finalidad de modificarlo, sin que puedan calificarse, en puridad, como un supuesto suspensivo del contrato de trabajo (*vid. al respecto supra, Epígrafe I.1 del Apartado B del Capítulo IV – Primera Parte*). En definitiva, se trata de medidas tendentes al reparto del empleo. Aunque, acabada la Guerra Civil, dentro de las facultades de los Delgados de Trabajo (que asumen las competencias de los Jurados Mixtos, *ex art. 4 Decreto 13 de Mayo 1938* que suprime los Jurados Mixtos y crea las Magistraturas de Trabajo), parece incluirse la posibilidad de decretar la suspensión de la relación de trabajo en situaciones de crisis, tal y como se desprende de la RMT 4 de mayo 1940 (*cit. BENÍTEZ DE LUGO. Extinción del Contrato de Trabajo, op. cit., p. 273*). No será hasta la promulgación de la Ley de 10 de noviembre 1942, reguladora de las Delegaciones de Trabajo en base a un criterio geográfico provincial (BOE 23 de noviembre), que se reconocerá expresamente en un texto legislativo la posibilidad de suspender los contratos de trabajo en situaciones de crisis (art. 11: “Corresponderá a los Delegados de Trabajo en las provincias de su jurisdicción las siguientes funciones: 1.g: “La instrucción de expedientes y adopción de medidas en caso de solicitud de despidos o de suspensiones de personal por causas de crisis económicas”). Sin embargo, el art. 80 LCT<sup>44</sup>, a la hora de describir las causas suspensivas, acude a una descripción extraordinariamente genérica, pues, sólo habla de “causas no previstas ni imputables al empresario, cuando existan motivos fundados”. Aunque en la descripción del supuesto de hecho pudiera entenderse que comprende un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida (repárese que al describirse el riesgo como una circunstancia no prevista ni imputable al empresario se está describiendo un supuesto típico de excesiva onerosidad sobrevenida), esta posibilidad quedará definitivamente consagrada en el DCr<sup>44</sup> aunque empleando una terminología menos precisa, pues, como se sabe, en el articulado no se describe el motivo que justifica el recurso a la suspensión y el término “crisis” sólo aparece en la Exposición de Motivos. Así, el DCr<sup>44</sup>, inspirado en el contenido del DCr<sup>35</sup>, se “limita” a extender la exigencia de la autorización previa a cualquier decisión del empresario dirigida a alterar el contenido del contrato de trabajo, entre ellas, la suspensión (art. 1). Posteriormente, el art. 2 Orden 5 de abril 1944 (BOE 13 de abril), dirigido a aclarar el contenido del DCr<sup>44</sup>, al especificar los supuestos en los que no debe abonarse la indemnización, realiza una “enumeración” (ciertamente deficiente) de las causas suspensivas a las que se refiere el DCr<sup>44</sup> (que coincide con las establecidas en el art. 92 LCT<sup>31</sup>, salvo la huelga). En concreto, habla de “fuerza mayor, como carencia de materias primas y falta de suministro de energía”, pero se añade “etc., etc.” (supuesto que ante la “escasez originaria de energía eléctrica distribuable, consecuencia de circunstancias absolutamente anormales”, dio lugar a la proclamación del Decreto-ley 3 de agosto 1945, BOE 9 de agosto, en virtud del cual se crea, con carácter transitorio - hasta que se restablezca la normalidad -, un subsidio para los trabajadores afectados por esta situación). Como se ha apuntado, de la literalidad del DCr<sup>44</sup> se desprende que, autorizada la suspensión, el empresario debe abonar una indemnización determinada por la Magistratura de Trabajo cuyo importe oscilará, según las circunstancias (art. 6 DCr<sup>44</sup>), entre un año de salario o 15 días (art. 5 DCr<sup>44</sup>). Previsión que tratará de enmendarse rápidamente a través de la Orden 5 de abril 1944 (BOE 13 de abril). Según esta norma, en los supuestos de suspensión por fuerza mayor (como “carencia de materias primas y falta de suministro de energía, etc., etc.”) no deberá abonarse indemnización alguna, dejando en el aire qué sucede en los supuestos de excesiva onerosidad (de todos modos, puede entenderse que el legislador – de un modo impreciso - subsumiera los supuestos calificables como de excesiva onerosidad en el concepto de imposibilidad objetiva). Indemnización que tiene una clara finalidad de previsión como lo demuestra el hecho de que tras la promulgación de la Ley 62/61, de 22 de julio, que regula el Seguro contra el Paro (BOE 24 de julio), la Resolución de 11 de enero 1966 de la Dirección General de Empleo “si bien es cierto que el artículo 5 del Decreto 26 de enero 1944 prevenía que en supuesto de que se modificase el contrato laboral existente quedaría a salvo, el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización que determinaría la Magistratura de Trabajo, no es lo menos que por virtud de lo preceptuado en la disposición adicional segunda de la Ley 62/1961, de 22 de julio, en relación con el artículo 8 de la misma y con el art. 33 de la Orden Ministerial de 14 de noviembre de 1961 dictada para su desarrollo, dicho artículo 5 hay que considerarlo derogado por los últimos preceptos mencionados, no procediendo fijar indemnización más que en el supuesto de resolución firme donde se decrete la rescisión de los contratos de trabajo”. *cit. SAGARDOY BENGOCHEA. El despido laboral y los expedientes de crisis, op. cit., p. 202.*

Finalmente, los trabajadores con el contrato en suspenso tienen preferencia para reincorporarse cuando la empresa normalice sus actividades (art. 5 párrafo 2º DCr<sup>44</sup>). La Orden 28 de enero 1949 (BOE 3 de febrero), faculta a las empresas autorizadas para suspender la actividad productiva a utilizar a todo o parte del personal para “realizar determinados trabajos de carácter esporádico o circunstancial” previa autorización al Delegado Provincial de Trabajo competente (art. 1); en cuyo caso, los trabajadores pasan a adquirir el carácter de eventuales, no pudiendo en consecuencia reclamar una indemnización al finalizar la prestación de dichos trabajos (art. 2).

En cuanto a la operatividad de la suspensión por causas de empresa, como apunta CRUZ VILLALÓN, viene determinada por la redefinición del riesgo que la reforma de 1994 ha conferido a la resolución. En efecto, si con anterioridad, la suspensión era un instrumento para las situaciones de crisis de mayor o menor duración, y los ceses quedaban restringidos a situaciones próximas a la imposibilidad objetiva, ahora, al posibilitarse la resolución en situaciones de riesgo menos severo, “se ha producido un deslizamiento del espacio ocupado por la institución suspensiva por causas empresariales y de la correspondiente extintiva: la primera queda concentrada en las situaciones de dificultad a corto plazo, en tanto que para las que son a medio plazo ahora es posible que den lugar a extinciones contractuales”<sup>3</sup>.

No obstante, a diferencia de otras medidas (especialmente, resolución y modificación sustancial de las condiciones de trabajo), la delimitación del riesgo que justifica la suspensión de la relación de trabajo por causas de empresa, plantea ciertos problemas, en tanto que el TRET es extraordinariamente parco. Como se sabe, la Ley se remite genéricamente a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin mayores precisiones<sup>4</sup>. Indefinición que conviene tratar de precisar, pues, delimita el ámbito de aplicación de esta medida de protección del empleo (1.1.1.-). Por otra parte, conviene prestar especial atención al cauce procedimental legalmente previsto, pues, aunque esté pensado básicamente para proteger los intereses de la Seguridad Social, también delimita un estatuto protector del trabajador que conviene ser analizado (1.1.2.-). Debiéndose indagar, finalmente, cuáles son las consecuencias jurídicas de la suspensión sin la preceptiva autorización o bien de la revocación de la autorización en la vía administrativa o judicial (1.1.3.-). Veamos a continuación y de forma separada cada uno de estos aspectos.

---

Posteriormente, la regulación contenida en el DPE<sup>72</sup>, la LRL<sup>76</sup>, el RDLRT<sup>77</sup> y el ET<sup>80</sup> seguirá paralela (sin apenas diferencias) a lo previsto para las resoluciones por causas de empresa en cuanto a la motivación y en lo relativo al procedimiento, por lo que me remito a lo apuntado anteriormente al respecto.

<sup>3</sup> CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995, p. 313. Aunque como apunta el propio autor, se mantiene un principio de correspondencia y proporcionalidad entre la suspensión y la extinción, desde el instante que el art. 51.6 TRET exige a la Administración que admita la resolución propuesta por el empresario si las “medidas son necesarias a los fines previsto”. Es decir, que “donde no se dé esa relación de proporcionalidad y de suficiencia para el *despido*, se desarrolla el espacio natural de la suspensión contractual” [la cursiva es nuestra] (p. 313 y 314).

<sup>4</sup> Como recoge la STSJ Comunidad Valenciana [C-A] 7 de marzo 2005 (JUR 135684), según la STS [C-A] 16 de noviembre 1999 (RJ 9562), en base a la legalidad vigente el ET<sup>80</sup>, dispone que “la calificación de las causas determinantes de la suspensión, en cada supuesto concreto, no es decisiva, no sólo porque en ciertos casos son difíciles de deslindar separadamente, sino además porque el ET las unifica en su regulación”.

### ***1.1.1.- El desequilibrio contractual exigible para suspender la relación de trabajo por ‘causas de empresa’.***

La posibilidad del empresario de suspender la relación de trabajo en estas circunstancias viene delimitada por la concurrencia de un desequilibrio contractual sobrevenido. Existiendo, como ya se ha expuesto, una correlación entre el desequilibrio y la medida de alteración contractual posible. Pues bien, la única pista que nos ofrece el art. 47 TRET es la exigencia de la existencia de un desequilibrio de naturaleza “coyuntural”<sup>5</sup>. Término que, en todo caso, vendría a describir un rasgo *cualitativo* del riesgo, pero no *cuantitativo*, al menos mediatamente. Aspecto que, avanzamos, no es pacífico entre los comentaristas. Por consiguiente, ante la falta de criterios normativos explícitos, la determinación *cuantitativa* del riesgo exigido y, por ende, la delimitación del espacio de operatividad de la suspensión debe hallarse por referencia externa, esto es, sobre la base de los niveles de riesgo exigidos para el resto de medidas; o, mejor dicho, por el espacio de riesgo no copado por aquéllas (por debajo, las modificaciones sustanciales y el *ius variandi*; y, por encima, las resoluciones). Sin perjuicio de la exposición detallada de la conceptualización de las genéricamente denominadas “causas de empresa” que se efectuará con ocasión del estudio de los arts. 51 y 51 TRET, podemos afirmar que por *debajo*, la referencia a la “superación” de una determinada situación, *ex* art. 47.2º TRET, da a entender que el desequilibrio que justifique la suspensión debe ser de mayor intensidad al que posibilita la modificación del contrato de trabajo, que sólo exige, que la medida contribuya a “mejorar”<sup>6</sup>.

Por *encima*, descartada por lo tanto la equiparación con el riesgo previsto para las modificaciones, se desprende su acercamiento al desequilibrio exigido en las resoluciones. Sin embargo, cuando se trata de la resolución por “causas de empresa” si bien existe identidad en la intensidad del desequilibrio exigido para resolver por “causas económicas” (art. 51 y 52.c TRET)<sup>7</sup>, se plantea la duda acerca de cuál de los dos niveles de riesgo relativos a la eficiencia (por “causas técnicas, organizativas o de producción”) es aplicable a los supuestos suspensivos

---

<sup>5</sup> La doctrina que ha analizado específicamente este supuesto suspensivo ha entendido que ante la ausencia de “encauzamientos interpretativos” en el art. 47.1 TRET debe acudir a “criterios hermenéuticos complementarios”, sin que sean trasladables directamente los planteamientos de los arts. 40, 41, 51 y 52.c) TRET. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 97. A nuestro modo de ver, la defensa del entendimiento autónomo o propio de la suspensión, no es más que la exigencia de un nivel de riesgo diferenciado al exigible para la adopción del resto de medidas.

<sup>6</sup> Además, como recoge SOLÀ MONELLS, la afectación de la suspensión en la vida del contrato (eximiendo del cumplimiento de las prestaciones), así como la identidad sustancial que vigente el ET<sup>80</sup> existía entre las causas suspensivas y las establecidas en el art. 51 ET<sup>80</sup>, hace pensar en una interpretación más restrictiva. Esto es, en la exigencia de un nivel de riesgo mayor. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 98 y 99. *Vid.* al respecto también, **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, *op. cit.*, p. 46 y 47; y **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **ROQUETA BUJ**. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, *op. cit.*, p. 95 y 96.

<sup>7</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

vinculados a dichos ámbitos empresariales. Siguiendo el planteamiento de SOLÀ MONELLS, después de descartar la aplicación simultánea de ambos, debe entenderse la vinculación del art. 47 al 52.c) TRET; sin que la referencia que aquel precepto hace al art. 51 TRET repercute en este sentido, pues, sólo se refiere al procedimiento<sup>8</sup>.

No obstante, la pregunta está en dilucidar si, a pesar de esta equiparación, puede sostenerse que la suspensión tenga un espacio de operatividad propio. Es decir, si el parámetro de la *coyunturalidad* es suficiente como para describir un riesgo autónomo con respecto al exigido para las resoluciones<sup>9</sup>.

Un sector de la doctrina sostiene que la “coyunturalidad”, en tanto que elemento verdaderamente definidor de esta institución, está describiendo una contingencia *cuantitativa* (1.-) y *cualitativamente* (2.-) diferenciada de la exigida para la resolución. Lo que excluye que pueda aplicarse en situaciones de desequilibrio que presenten notas de *estructuralidad*. En definitiva, se descarta la aplicabilidad de la teoría de “quien puede lo más puede lo menos”, al menos, entre la suspensión y la resolución<sup>10</sup>.

Criterio que ha sido recogido por cierta doctrina jurisprudencial<sup>11</sup>; sin que haya unanimidad al respecto<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 102. Según este autor, y en contra del criterio mayoritario, debe acudir al art. 52.c) TRET, fundamentalmente, porque el nivel de riesgo exigido por este precepto es el que mejor se adapta a la naturaleza coyuntural exigida para la suspensión; y, porque al ser menos restrictivo, describe un espacio de operatividad mayor (p. 104 y 105). VIDA SORIA, con anterioridad a la reforma de 1997, sostiene que “el criterio normativo acerca de cuándo procederá el *despido* colectivo que se contiene en el nuevo artículo 51.1, párrafo 3 (...), son criterios a aplicar a los casos suspensivos, añadiendo a ellos el elemento temporalidad”. VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 19. En términos similares, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 95. Vid. también, DEL REY GUANTER. *El despido colectivo y la reforma laboral de 1997*. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998, p. 19 y 20.

<sup>9</sup> Según CASAS BAAMONDE, la reforma de 1994 introduce una regulación más estricta de la operatividad de las causas suspensivas, dado que el art. 47.1, párrafo 2º TRET “advierde que, atendiendo a su condición temporal, han de tener siempre y en todo caso un carácter efectivo proporcional a la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”. CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 50.

<sup>10</sup> LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 427 y 428; y SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 112.

<sup>11</sup> STSJ Comunidad Valenciana [C-A] 7 de marzo 2005 (JUR 135684). Pronunciamiento cuya fundamentación resulta ciertamente confusa. Pese a admitir el significado económico del término “coyuntural” - como antónimo de “estructural” -, y por lo tanto integrante del supuesto de hecho del precepto, declara que “el descenso de ventas del modelo KA y el stock de vehículo de ese modelo existente en los concesionarios Ford, así como las medidas a adoptar por el departamento comercial con el fin de relanzar ese modelo y aumentar su demanda” describe una situación coyuntural, pese a tratarse de un hecho periódico. Situación que desde un punto de vista económico, a nuestro juicio, difícilmente puede entenderse como coyuntural. La cuestión está en determinar si, dadas las circunstancias del supuesto, la “coyunturalidad”, como requisito legal, debe ser probada por las partes, o bien debe indagarla el propio órgano juzgador. De un modo discutible, el Tribunal parece abogar por la primera de las opciones.

<sup>12</sup> La STSJ Cantabria 16 de mayo 2001 (JUR 218635), desvincula el término de cualquier connotación económica, pues entiende que la situación de interinidad de un médico de insalud, no puede calificarse como una circunstancia “coyuntural” que justifique la suspensión de la relación de trabajo de un trabajador que presta sus servicios en su consulta privada, porque la duración de la situación es incierta, pudiendo prolongarse durante un corto período de tiempo, o bien, “sine die”.

1.- Respecto a la dimensión *cuantitativa*, debe tenerse en cuenta que el origen de la institución suspensiva, como se ha analizado, se halla precisamente en la propia resolución contractual. Y la diferencia *esencial* que las separa es la *transitoriedad* del desequilibrio que las motiva, y no otra cosa<sup>13</sup>. Por otra parte, precisado lo anterior, desde un punto de vista dogmático, es discutible que el término “coyunturalidad” describa *per se* una *intensidad* del riesgo diferenciada de la exigida para en las situaciones resolutorias y, mucho menos, estanca (esto es que impida su operatividad ante contingencias más severas)<sup>14</sup>.

Si se acepta, por un lado, que la afectación de cualquier circunstancia sobrevenida sobre el contrato, que justifique la alteración de lo pactado, es dogmáticamente la misma (excesiva onerosidad); y, por otro, que las diferencias existentes entre las diversas medidas se supeditan a una catalogación de la intensidad del riesgo gradual, no parece que pueda identificarse una *causa aislada* que justifique un espacio de operatividad autónomo y estanco respecto al del resto de medidas<sup>15</sup>.

A nuestro entender, al igual que el resto de supuestos suspensivos, la exégesis de la institución suspensiva bascula esencialmente entorno a la *duración* del desequilibrio padecido. Debiéndose admitir, incluso, que el desequilibrio tenga la misma intensidad (cuantitativa) que el que justifique una resolución, pero en cualquier caso temporal o transitorio. Sin olvidar, por otra parte, que la transitoriedad del desequilibrio no excluye la posibilidad de resolver el contrato, pues una excesiva dilatación de la situación o bien la imposibilidad de satisfacción plena del interés de la contraparte pueden acabar justificando la ineficacia del contrato<sup>16</sup>. Por consiguiente, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la teoría general, no todos los desequilibrios transitorios justifican *per se* la suspensión de la relación de trabajo, pudiendo suceder que según las circunstancias – la “coyunturalidad”, en definitiva – se acabe resolviendo el contrato.

Por tanto, como ya se ha avanzado, la intensidad del *riesgo suspensivo* viene definida por referencia a los supuestos resolutorios apuntados<sup>17</sup>. Convirtiéndose – la temporalidad o

---

<sup>13</sup> Cfr. **DESDENTADO BONETE**. *Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor*, op. cit., p. 979.

<sup>14</sup> La naturaleza cerrada que proclama esta corriente doctrinal difícilmente casaría con el principio de estabilidad en el empleo.

<sup>15</sup> Interpretación que difícilmente casaría con la posibilidad de suspender los contratos en situaciones de declaración de concurso (posibilidad expresamente admitida, ex art. 64.1 Ley Concursal 22/2003, 9 de julio). Con anterioridad a la citada norma, admitiendo la posibilidad de acudir a la suspensión en situaciones en las que la empresa estuviese en quiebra (siempre y cuando, se aspirara a garantizar la continuidad de la empresa), **ALAMEDA CASTILLO**. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., p. 108.

<sup>16</sup> En contra, **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 427.

<sup>17</sup> En términos similares, **VIDA SORIA**. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 19.

transitoriedad - en el elemento esencial integrante del supuesto de hecho de la norma, por ello desvinculado de la decisión administrativa, sin el cual no puede aplicarse<sup>18</sup>.

2.- Desde un punto de vista *cualitativo*, para un sector doctrinal, el término “coyuntural” debe integrarse dentro de un contexto semántico estrictamente económico<sup>19</sup>. Interpretación que no puede compartirse. Como objeción a este planteamiento, entendemos que lo propio hubiera sido justificar el motivo por el cual el Legislador ha atribuido al término “coyuntural” un significado estrictamente económico. Por ello, ante la falta de una exposición de los motivos que justifiquen las razones que le han impulsado a atribuir esta orientación a la norma jurídica (y no otra), lo propio es acudir a la interpretación literal del término.

Pues bien, tomando como referencia el Diccionario de la Academia Española, es difícil identificar en el término “coyuntural” una dimensión temporal y, mucho menos, el antónimo – económicamente hablando - de *estructural*. Pues, este término denota la dependencia de la coyuntura, entendida como una combinación de factores<sup>20</sup>. Y como sinónimos de “coyuntural” pueden hallarse: “circunstancial”, “favorable” u “oportuno”. Luego, el campo semántico (y no metafórico) del concepto “coyunturalidad” está exento de cualquier referencia a parámetros económicos. Ni, incluso, a una dimensión temporal. Lo cual no deja de ser lógico – *salvándose*, así, la coherencia de la acción legislativa -, pues, de otro modo, la norma incurriría en una reiteración innecesaria<sup>21</sup>.

En nuestra opinión, en la descripción de los supuestos suspensivos por causas de empresa por referencia a “lo coyuntural”, como opuesto a fenómenos económicos “estructurales”<sup>22</sup>, puede identificarse cierta persistencia (o rastro) en la utilización de las categorías conceptuales propias de la imposibilidad sobrevenida y que la reforma de 1994 ha pretendido disipar. Recuérdese que, a diferencia de la imposibilidad objetiva, la excesiva

---

<sup>18</sup> VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 20.

<sup>19</sup> LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 428; y SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 115 y 116. Aunque el último autor citado, en otro pasaje afirma que “la inclusión de una referencia al carácter temporal de la dificultad que afronta la organización productiva, referencia para la que se utiliza el término ‘coyuntural’” (p. 284).

<sup>20</sup> Parece defender esta interpretación del art. 47 TRET, MIRANZO DÍEZ. *El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 166.

<sup>21</sup> Si el art. 47.1.2º TRET se interpretara en clave estrictamente “temporal” (“cuando se desprenda que la medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter ‘temporal’ [en vez de ‘coyuntural’] de la actividad de la empresa”), la acción del legislador resultaría difícilmente coherente (de todos modos, aceptando esta interpretación, la redacción de la norma incurre en una reiteración innecesaria porque es consustancial a la suspensión la temporalidad).

En la doctrina, existe cierta tendencia a calificar “coyunturalidad” y “temporalidad” en una relación de alternatividad, y por ende, en una especie de relación de equivalencia, y como conceptos contrarios al de “permanencia” (que no “estructuralidad”). *Vid.* al respecto, ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., p. 107; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 96; CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, op. cit., p. 313; y CAVAS MARTÍNEZ. *La reforma del mercado de trabajo*. ASoc 1994, versión digital (BIB 1994\34).

<sup>22</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 125 y 116.

onerosidad es un supuesto de ineficacia sobrevenida en el que la prestación sigue siendo posible. Luego, nada obsta que las partes adopten un compromiso contractual en virtud del cual se exija el cumplimiento de la prestación a pesar de todo; o que el deudor, a pesar de la gravosidad del riesgo, sea partidario de no resolver el contrato, decida interrumpir las prestaciones (o se lo autoricen) y cumplir lo pactado más tarde. En cambio, en los supuestos de imposibilidad objetiva los contornos suspensivos son, en principio, más “fácilmente” delimitables porque, en tanto que no sea absoluta, el cumplimiento del contrato sigue siendo posible y, por ello, cabe abogar por la suspensión a la espera de la desaparición del hecho obstativo<sup>23</sup>. Por lo que, mientras la imposibilidad no sea absoluta y el cumplimiento de las recíprocas prestaciones sea posible, debe entenderse que nos encontramos ante un supuesto suspensivo.

Por lo tanto, la suspensión por causas de empresa (a diferencia de la imposibilidad objetiva) presenta unos contornos extraordinariamente difusos, pues, para empezar y pese a la exigencia de objetividad, está estrictamente supeditado a una decisión personal del afectado de seguir cargando o no con los riesgos que soporta. Pero no sólo eso, pues, para la mayor parte de escenarios suspensivos posibles difícilmente pueden establecerse parámetros de identificación nítidos y universales. Dificultad que, en la práctica, se traduce en la imposibilidad de fijar normas generales que permitan evaluar *ex ante* la presumible duración del desequilibrio padecido. Motivo por el cual se recurre al término “coyunturalidad”<sup>24</sup>. Concepto, que si bien pudiera interpretarse como sinónimo de “temporalidad”, entendemos que tiene un contenido semántico distinto. Si no fuera así, como ya se ha apuntado, el art. 47.1.2º TRET incurriría en una reiteración innecesaria<sup>25</sup>. Por lo que conviene tratar de averiguar el sentido que el *Legislador* perseguía al introducir dicha expresión<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Por otra parte, la interpretación de SOLÀ MONELLS se fundamenta en parte en la Memoria del Gobierno que acompaña al Anteproyecto de Ley 11/1994 establece que lo que se pretende es conseguir que “la suspensión lejos de responder a una situación permanente de la empresa, o de constituir un paso previo a una medida definitiva de extinción, debe constituir un instrumento para responder a situaciones coyunturales que permita (...) la vuelta a la normalidad”. Sin embargo, como apunta VIDA SORIA, tales observaciones “no han pasado siquiera a la Exposición de Motivos de la Ley, por lo cual es lógico pensar que queden en bueno deseos”. VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 18 y 19. Por otra parte, si se hace una lectura detenida del fragmento de la citada Memoria, se desprende que lo que se pretende es básicamente reducir la intensidad del riesgo exigida para poder acudir a la suspensión (en la línea marcada para las extinciones y modificaciones, apartándose de la imposibilidad objetiva), pero no, un acotamiento estanco de su espacio de operatividad, impidiendo su recurso en situaciones de desequilibrio más intenso. La voluntad del legislador, siguiendo a VIDA SORIA, *no sólo* pretende introducir hechos negativos, por decirlo de algún modo, que afecten a la empresa de un modo inmediato, sino también acontecimientos positivos (p. 19).

<sup>24</sup> DESDENTADO BONETE afirma, en este sentido, que “el juicio de temporalidad o permanencia depende de factores o datos que no tienen una realidad actual, sino que dependen de una evolución futura (...) y que, por tanto, no pueden ser objeto de prueba”. DESDENTADO BONETE. *Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor*, op. cit., p. 983.

<sup>25</sup> En términos similares BLASCO SEGURA, analizando el art. 47.1 TRET, entiende que a través de dicho precepto, el “indica, pues, el legislador la pauta de la decisión, remarcándose la valoración respecto a la temporalidad de la medida – connotación propia de la suspensión, frente al carácter definitivo de la extinción – y la coyuntura por la que atraviesa la empresa” [la cursiva es nuestra]. BLASCO SEGURA. *La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m)*

La coyunturalidad, a nuestro entender, implica que la legitimidad de la suspensión está condicionada a la existencia de un desequilibrio *presumiblemente* temporal, pues, su duración no puede ni evaluarse ni acotarse anticipadamente, dependiendo de una serie de factores o circunstancias (en su mayor parte, de difícil evaluación anticipada) que deben evaluarse caso por caso<sup>27</sup>. En definitiva, el citado párrafo no hace más que fijar algunas pautas (ciertamente ambiguas) a tener en cuenta por la Administración a la hora de evaluar la temporalidad del desequilibrio<sup>28</sup>.

En consecuencia, en tanto que no hay forma de averiguar si la duración de la medida suspensiva acordada va a ser suficiente para sobreponerse al desequilibrio (y más aún en las situaciones cuya transitoriedad no pueda identificarse)<sup>29</sup>, se desprende lógicamente que todas ellas son un supuesto resolutorio embrionario o potencial<sup>30</sup>. Por lo que difícilmente puede sostenerse que la suspensión de la relación de trabajo está completamente desvinculada de una potencial resolución contractual<sup>31</sup>.

---

*del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores.* En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994, p. 201 (*vid.* también p. 216 y 217).

<sup>26</sup> Además, como afirman MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, “el marco normativo establece así una cierta configuración jerarquizada de las medidas suspensivas y extintiva, en principio, las primeras para situaciones de carácter coyuntural”. Ahora bien, en tanto que la configuración teleológica de la resolución también incluye aspectos cercanos a la idea de coyunturalidad, resulta ciertamente difícil encajar nítidamente cada medida en un nivel de riesgo determinado. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 248 y 249; y MÁRQUEZ PRIETO. *Arts. 45 a 47.* En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998, p. 578.

<sup>27</sup> Piénsese que el riesgo es dinámico y en la mayor parte de los supuestos difícilmente acotable. Si la Ley exigiera que en el momento de la autorización se probara fehacientemente la naturaleza estrictamente temporal del desequilibrio, se estaría exigiendo al empresario que probara que la suspensión resolverá sin género de dudas la excesiva onerosidad que padece. O, de otro modo, el mero hecho de que se pudiera pensar que el desequilibrio pudiera prolongarse durante un plazo de tiempo más largo de lo previsto, debería obligar a la administración de rechazar la medida propuesta. Parece defender este criterio BLASCO SEGURA cuando afirma que lo pretende el art. 47 TRET es indicar “una pauta de decisión, remarcándose la valoración respecto a la temporalidad de la medida – connotación propia de la suspensión, frente al carácter definitivo de la extinción – y la coyuntura por la que atraviesa la empresa”. BLASCO SEGURA. *La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.* AL 1995 – II, p. 481.

<sup>28</sup> Como apunta VIDA SORIA, lo que se pretende es “objetivar el contenido de la decisión administrativa”. VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de Catalunya (en adelante, RDGRL) 25 de enero 2008 (Exp. 269/07), se desestima la pretensión de la empresa, por entender que el período suspensivo solicitado (120 días) excede con mucho del que efectivamente afecta a la empresa (36 días).

<sup>30</sup> Lo cual es lógico porque la suspensión de la relación de trabajo no es más que un mecanismo que “deja en letargo” la facultad resolutoria que tienen a su disposición las partes del contrato. *Vid.* al respecto, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 3. *Vid.* también ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>31</sup> Planteamiento que implícitamente se recoge en las RRDGRL 3 de agosto 2007 (Exp. 70/07); y 25 de enero 2008 (Exp. 269/07).

Algunos Convenios Colectivos han incidido en la regulación de los supuestos suspensivos en la línea descrita. Por ejemplo, el CCOL – Estatal – Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla (BOE 12 de agosto 2003) dispone (art. 81) que “las empresas podrán solicitar suspender temporalmente sus contratos, por causas económicas, siempre y cuando las existencias superen los dos meses de stock de producción en cualquier fecha del año. Excepcionalmente las empresas podrán solicitar esta suspensión siempre que sus existencias superen los treinta días de stock aun cuando no supere los dos meses de producción. La Comisión Mixta de Interpretación de este convenio será la encargada de comprobar e informar favorablemente en tal sentido respecto a la imposibilidad real de seguir almacenando los materiales producidos por falta de espacio”. Suspensión que no podrá ser superior los 45 días en cualquier fecha del año.



Otra cosa es que desde un punto de vista de política legislativa, se persiga una interpretación restrictiva para proteger al sistema de público de protección por desempleo<sup>32</sup>. Circunstancia que si bien aporta nuevos elementos al análisis, también introduce aspectos que lo distorsionan sustancialmente. A nuestro entender, sin negar las estrechas relaciones existentes, es difícilmente aceptable (desde un punto de vista jurídico, claro está) que la existencia de una situación suspensiva venga delimitada (dictada) por la lógica del reconocimiento o no de las prestaciones de la Seguridad Social.

Por consiguiente, dadas las estrechas relaciones entre la suspensión y la resolución, la “coyunturalidad” a la que se refiere el art. 47 TRET debe interpretarse conforme a parámetros de la temporalidad entendida desde la perspectiva de la situación de la empresa (su coyuntura), sin que pueda apreciarse en el texto de la ley una remisión específica a situaciones de riesgo de naturaleza diferenciada a las previstas para la resolución<sup>33</sup>. Por lo que sigue siendo perfectamente aplicable la tesis de quien puede lo más puede lo menos. Entenderlo de otro modo, afectaría a la misma teleología de la institución suspensiva, esto es, a la voluntad de prolongar la vida del contrato, para lograr su supervivencia<sup>34</sup>.

### ***1.1.2.- Procedimentalización de la suspensión por ‘causas de empresa’.***

La suspensión de la relación de trabajo por excesiva onerosidad requiere la necesaria obtención de una autorización administrativa, mediante la oportuna tramitación del - en términos de SOLÀ MONELLS - “procedimiento suspensivo de regulación de empleo”<sup>35</sup>. Régimen que se remite al procedimiento de regulación de empleo por causas de económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 51 TRET (art. 47.1.1º TRET)<sup>36</sup>. Sin que, por otra parte, se haga distinción alguna en función de los trabajadores afectados o de la dimensión de la empresa; pese a que - tal y como ha destacado la doctrina - sería deseable un tratamiento

---

En términos similares, el CCOL – Estatal – Industria Textil y de la Confección (BOE 31 de agosto 2005, RCL 1758), establece (art. 59): “Las empresas dedicadas a las modalidades de sastrería fina en serie, modistería fina en serie, gabardinas e impermeables, prendas para la lluvia, sombreros de señora y niño, y las dedicadas a la confección de trajes de baño, en el supuesto de falta de pedidos típica en determinadas épocas del año en tales modalidades y siempre que ello origine una manifiesta disminución de la producción, podrán suspender parcialmente sus actividades laborales durante dos períodos como máximo cuya duración total no podrá exceder, en ningún caso, de sesenta días naturales al año”.

<sup>32</sup> CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 50.

<sup>33</sup> Vid. STSJ País Vasco 22 de julio 1997 (AS 2333).

<sup>34</sup> VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 3.

<sup>35</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 249 y 250.

<sup>36</sup> Vid. una aproximación general al respecto, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 223 a 225. La regulación normativa de la suspensión de la relación de trabajo por excesiva onerosidad, especialmente en lo relativo a la autorización administrativa previa, ha corrido en paralelo a lo previsto para los expedientes de regulación de empleo, salvo durante la vigencia de la LPO<sup>35</sup> y del DCr<sup>35</sup>. Motivo por el que nos remitimos a la evolución histórica brevemente expuesta con ocasión del análisis de los expedientes de regulación de empleo.

jurídico diferenciado<sup>37</sup>. Al igual que en el cese colectivo, el procedimiento suspensivo de regulación de empleo puede diseccionarse en cuatro fases: “fase de iniciación” (1.-); “fase de negociación” (2.-); “fase de instrucción” (3.-); y, finalmente, “fase de decisión” (4.-)<sup>38</sup> – exposición que, por tanto, deberá complementarse con lo que se expondrá con posterioridad.

No obstante, pese a que la procedimentalización no es absolutamente coincidente, las diferencias existentes son poco significativas, pues, sólo se introducen algunas especialidades “con la finalidad de adaptarlo a las particulares necesidades de la suspensión por causas empresariales”<sup>39</sup>. Al respecto, a fin de no resultar reiterativo con lo que se expondrá con ocasión de la resolución por causas de empresa<sup>40</sup>, pueden destacarse, brevemente, las siguientes especialidades<sup>41</sup>:

1.- En lo relativo a la fase de iniciación cabe distinguir entre la iniciativa suspensiva y el deber de información. En cuanto a la iniciativa de la medida suspensiva, no pueden identificarse diferencias sustanciales con respecto a lo previsto para las medidas resolutorias. No obstante, a partir de la literalidad del art. 47.1.1º TRET, y a diferencia del procedimiento resolutorio (art. 51.9 TRET), un sector de la doctrina entiende, apartándose del criterio mantenido por la Autoridad Laboral<sup>42</sup>, que sólo el empresario está legitimado para incoar el procedimiento suspensivo<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 225 y ss., y 392 y ss; y LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 589.

<sup>38</sup> Vid. al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>39</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 231. *vid.* también un extenso análisis de la indisponibilidad del procedimiento suspensivo establecido en el TRET mediante la autonomía individual o colectiva (p. 232 a 244).

<sup>40</sup> Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>41</sup> En este sentido, se sigue la exhaustiva exposición realizada por SOLÀ MONELLS (*La suspensión del contrato por causas empresariales*, op. cit., p. 249 a 386) respecto al procedimiento suspensivo por causas de empresa, sin voluntad de reiterar una cuestión que ha sido expuesta con absoluta claridad y brillantez, a continuación, simplemente se trata de sintetizar los aspectos más relevantes a los efectos de este estudio y a exponer ciertas objeciones a alguno de sus planteamientos.

<sup>42</sup> Por ejemplo, en el formulario de la Generalitat de Cataluña de solicitud de autorización de un expediente suspensivo, se reconoce la legitimidad de los representantes de los trabajadores. Solicitud que puede consultarse en: [http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc\\_22504952\\_1.pdf](http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc_22504952_1.pdf). Vid. también al respecto, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 99, p. 254.

<sup>43</sup> Según SOLÀ MONELLS, la literalidad del precepto no es suficiente para fundamentar esta afirmación, debiéndose acudir a la exégesis del art. 51.9 TRET, para comprobar que la excepcionalidad con la que la ley prevé la legitimidad de los representantes de los trabajadores en los supuestos resolutorios, excluye la posibilidad de extenderla a los supuestos suspensivos. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 253 a 261. La misma conclusión alcanza BLASCO SEGURA, aunque acudiendo a otros argumentos. Concretamente, sobre la base de la provisionalidad de la institución suspensiva y el mayor conocimiento del empresario para conocer la situación real de la empresa, y por entender que la referencia del art. 47.1 al art. 51 TRET es sólo al procedimiento; entendiendo que si el legislador hubiera querido atribuir tal facultad a los trabajadores, así lo habría manifestado en el propio art. 47 TRET. BLASCO SEGURA. *La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 486. CRUZ VILLALÓN entiende también que en los supuestos suspensivos la legitimación de los representantes de los trabajadores es inadecuada (y, en los supuestos de “búsqueda del empresario perdido”, aboga por un fortalecimiento del papel de la Autoridad Laboral – subrogándose en la posición del empresario). CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, op. cit., p. 321 y 322.

Sin embargo, a nuestro entender, existen poderosos argumentos para no excepcionar lo que la literalidad de las normas parecen admitir abiertamente<sup>44</sup>. En efecto, si bien es cierto que el art. 47.1 TRET hace una referencia explícita a la “iniciativa del empresario”, como admite el propio SOLÀ MONELLS, el art. 51.9 TRET debe entenderse incluido en la remisión que el art. 47.1.1º TRET hace al art. 51 TRET, pues, no se hace mención específica de especialidad alguna. Circunstancia que queda corroborada si se acude al análisis de las normas procedimentales relativas al expediente suspensivo previstas RPRE’96 (arts. 20 y 7)<sup>45</sup>. Por este motivo, entiende el citado autor, debe acudir al análisis de la legitimidad de los representantes de los trabajadores para comprobar su inaplicabilidad a los supuestos suspensivos. Legitimidad que para los supuestos resolutorios está condicionada a la concurrencia de dos presupuestos: un determinado desequilibrio contractual y la pasividad del empresario. En cuanto a la exégesis del art. 51.9 TRET SOLÀ MONELLS estima que la expresión “imposible o difícil reparación” es incompatible con la naturaleza coyuntural del desequilibrio que concurre en los supuestos suspensivos. Primero, porque, en virtud de dicha expresión, es exigible un “plus de causalidad”, que se concreta en una “situación de grave desequilibrio económico-financiero cercano a la insolvencia definitiva”. Circunstancia que, en principio, no concurre en las situaciones suspensivas, pues, por definición, atienden a situaciones recuperables. En segundo lugar, porque en cuanto a la repercusión de la expresión “imposible o difícil reparación” sobre la pasividad del empleador, entiende que la convierte en una “conducta negligente o incluso dolosa”<sup>46</sup>.

Sin embargo, este planteamiento no puede compartirse. En primer lugar, porque se está identificando las causas que provocan un desequilibrio contractual (“causas empresariales”) con los efectos del desequilibrio padecido (“perjuicio de imposible o difícil reparación”), de tal modo que, en virtud de esta interpretación, la especial entidad del desequilibrio padecido exigido por la norma, se traslada automáticamente a la entidad de la causa que lo motiva. Sin que, no obstante, pueda identificarse norma alguna o construcción lógica-jurídica que irremediablemente desemboque en esta única interpretación. Es decir, *no sólo* en los supuestos “cercaños a la insolvencia definitiva” los trabajadores podrán padecer un “perjuicio de imposible o difícil reparación”<sup>47</sup>. En segundo lugar, porque como ha quedado suficientemente

---

<sup>44</sup> En términos similares, vigente el ET’80, **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 98 y 99; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 271 y 272.

<sup>45</sup> Por otra parte, siguiendo el argumento de VIDA SORIA, desde la perspectiva de la coherencia de la política legislativa, resulta sumamente difícil hallar argumentos que justifiquen que se admita esta posibilidad “para lo más” (resoluciones) y no “para lo menos” (suspensiones). **VIDA SORIA**. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 12.

<sup>46</sup> **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 258.

<sup>47</sup> Especialmente, si se tiene en cuenta que, entre el término “imposible” y “difícil” puede mediar un abanico de posibilidades extraordinariamente amplio, sin que pueda identificarse exclusivamente con situaciones cercanas a la insolvencia empresarial, ni mucho menos. De hecho, según GOERLICH PESET, la existencia de los perjuicios de

analizado, y en este sentido la doctrina es absolutamente unánime, la resolución del contrato por causas empresariales no puede equipararse con las situaciones de crisis definitivas (especialmente, cuando la norma no incluye tratamiento específico alguno). O, dicho en otros términos, la ley no establece diferencia alguna entre la intensidad del desequilibrio contractual exigido para que el empresario pueda incoar el preceptivo expediente con la exigida para los representantes de los trabajadores.

En cuanto a la pasividad del empleador, conviene traer a colación un argumento vinculado a la teleología de este desequilibrio contractual, ya utilizado con anterioridad. La excesiva onerosidad es un supuesto de ineficacia sobrevenida en el que la prestación sigue siendo posible, luego, nada obsta que el deudor decida mantener la vigencia del contrato o su ejecución, a pesar de todo. Sin embargo, a pesar de esta conducta diligente (cumpliendo lo pactado) cabe la posibilidad de que acarree ciertos desajustes o desequilibrios para la contraparte, sin que por tanto sea necesario exigir *en todo caso* una conducta negligente o culposa del deudor. Por consiguiente, a nuestro juicio, los representantes de los trabajadores también están legitimados para incoar un expediente suspensivo.

Por otra parte, respecto al deber de información empresarial incardinado en la fase de iniciación, pueden identificarse ciertas especialidades vinculadas a la denominada “obligación de documentación del empresario” (*ex art. 51.4º TRET; 6.1 RPRE; 47.1.3º TRET; y 20.b RPRE*). En este sentido, debe entenderse que el Legislador ha pretendido reducir o simplificar a documentación que el empresario debe remitir a la Autoridad Laboral y a los representantes de los trabajadores<sup>48</sup>. Sin embargo, el desarrollo reglamentario de este precepto, ordenado por el art. 47.1.3º TRET, deja mucho que desear (la única referencia específica se encuentra en el art. 20.b RPRE’96 – “acreditación de la situación coyuntural”). Lo que ha llevado a entender la aplicabilidad de las normas del procedimiento común u ordinario previstas en el art. 6 RPRE’96 (aunque, matizadamente, dado que debe tenerse en cuenta la naturaleza simplificadora apuntada anteriormente)<sup>49</sup>. El empresario, conforme al art. 6.1 RPRE, además, está obligado a aportar la documentación relativa a la medida suspensiva que pretende llevar a cabo<sup>50</sup>.

---

“imposible o difícil reparación” aparecen cuando “la situación de crisis económica que atraviesa la empresa empieza a concretarse en la falta de cumplimiento por el empresario de sus deberes empresariales”. **GOERLICH PESET**. *La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>48</sup> Concretamente, la utilización del adverbio ‘estrictamente’ da a entender que “el número de documentos y su intensidad de detalle será menor en el caso de las suspensiones”. **CRUZ VILLALÓN**. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, *op. cit.*, p. 323. En términos similares, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 266; y **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 433. En contra, **NORES TORRES** sostiene que la documentación a aportar por la empresa con ocasión de la suspensión de las relaciones laborales coincide en su totalidad con la que ha de presentarse en el caso del art. 51 TRET. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>49</sup> En cuanto a la obligación de describir y acreditar las causas motivadoras mediante la “memoria explicativa” (*ex art. 6.1.a RPRE’96*), **SOLÀ MONELLS** entiende que no es aplicable el principio de simplificación del procedimiento suspensivo. Concretamente, entiende que el empresario debe describir de forma completa y detallada el hecho sobrevenido, el ámbito empresarial afectado y, finalmente, la “situación de dificultad coyuntural que genere”. La descripción debe ir acompañada de la documentación suficiente, pudiendo el empresario elegir los documentos que

Paralelamente, atendiendo al art. 51.4.2º TRET, y al igual que en los supuestos resolutorios colectivos mayores, el empresario debe aportar el denominado “Plan de acompañamiento social”, siempre y cuando la empresa tenga 50 o más trabajadores<sup>51</sup>. Lo que, en las empresas de menos de 50 trabajadores, no obsta a que deba aportar la información relativa a las mismas medidas sociales, aunque no tenga que concretarse en el citado Plan (en estos supuestos, existe simplemente una exclusión de la obligación de documentar dichas medidas)<sup>52</sup>.

2.- En cuanto a la fase de negociación nos remitimos a las consideraciones que se realizarán al analizar el régimen del art. 51 TRET<sup>53</sup>, pues, la dinámica es prácticamente idéntica

---

estime más idóneos. Cuando se aleguen causas económicas deberá presentarse la documentación debidamente auditada, *ex art. 6.1.a RPRE'96* (requisito que estima desproporcionado en los supuestos suspensivos – especialmente, si la empresa no está obligada a auditar sus cuentas según la normativa mercantil; motivo por el cual, estima que sería preferible articular un control “a instancia de parte”). Finalmente, pese a la inexistencia de un referente legal que lo exija, el reglamento supedita la autorización a la necesaria acreditación del carácter *coyuntural* de la situación empresarial (art. 20.b RPRE'96). Menciona que, de todos modos, debe entenderse implícita en el art. 51.2.2º TRET, dado que el empresario está obligado a acreditar las causas motivadoras del expediente. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 271 a 287.

<sup>50</sup> Documentación que materialmente debe centrarse en tres ámbitos diferenciados (**SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 287 a 304). Una *delimitación objetiva*, centrada en el alcance cuantitativo de la medida suspensiva (el número de medidas suspensivas propuestas y su duración estimada); la ubicación temporal de las suspensiones, cuya formulación admite “grados de concreción diversos”. Respecto de la delimitación objetiva, SOLÀ MONELLS incluye un tercer aspecto a concretar: la modalidad de suspensión proyectada (continua o discontinua – identificada con una reducción de jornada –, o una variación de ambas). Aunque, como ya se ha expuesto, y a diferencia de lo que sostiene SOLÀ MONELLS, la posibilidad de pactar a través de un expediente administrativo una reducción de jornada, alegando que se trata de una modalidad suspensiva debe calificarse como una opción ciertamente restrictiva (*vid. al respecto supra*, Epígrafe I.1 del Apartado B del Capítulo IV - Primera Parte).

En segundo lugar, una *delimitación subjetiva* (número y categorías de los trabajadores afectados, número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente y criterios de selección utilizados). En tercer lugar, una *delimitación funcional*, esto es que el empresario debe demostrar que la medida suspensiva contribuye a superar la dificultad que padece (en definitiva, la objetividad de su desequilibrio contractual). Sin que al respecto pueda exigirse la prueba plena, bastando, según las circunstancias y los hechos alegados, la mera aportación de documentación descriptiva o argumentativa (circunstancia que, como apunta SOLÀ MONELLS, suele articularse mediante el denominado “plan de viabilidad” – p. 302 y 303).

<sup>51</sup> Exigencia derivada del propio art. 20 RPRE'96. No obstante, conviene destacar que, desde un enfoque conceptual, la figura del Plan de acompañamiento social puede plantear ciertos problemas de encaje en la institución suspensiva, porque se trata de una medida que está esencialmente pensada e intrínsecamente vinculada a la resolución, sin que se haya previsto norma específica alguna que trate de adaptarlo a la suspensión.

<sup>52</sup> Un análisis de la adecuación del Plan de acompañamiento social así como la idoneidad de las medidas que propone el RPRE'96 a los supuestos suspensivos, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 308 a 310. Autor que, en contra de lo que se sostiene en este trabajo, estima que carece de sentido exigirlo en todo procedimiento de regulación que persiga la autorización de una medida suspensiva en una empresa de cincuenta o más trabajadores ya que en muchos casos no concurrirá aquella necesidad, bien por el escaso número de suspensiones solicitadas, bien por la baja incidencia que éstas tendrán sobre aquellos derechos” (p. 313). Afirmación que no puede compartirse porque, como se analizará, no se parte del mismo punto de partida. Como se tratará de demostrar, el plan social sólo se refiere a la posibilidad de paliar las consecuencias derivadas de la medida adoptada para hacer frente al desequilibrio contractual padecido, y no a prevenir o reducir la medida en sí. Si bien es cierto que en ocasiones se reputará como innecesario y claramente desmesurado (cuando, por ejemplo, se pida la suspensión de un solo contrato de trabajo en una empresa de 60 trabajadores), no parece que de la literalidad de la norma se desprenda la posibilidad de graduar dicha exigencia en función de las circunstancias concurrentes. Lo que no quita, en consonancia con la opinión de SOLÀ MONELLS, que dicha adaptación a las circunstancias sea deseable y que la uniformidad en la procedimentalización de la suspensión y la resolución, resulte claramente inadecuada.

<sup>53</sup> No debe olvidarse que la previsión de la obligación empresarial de incorporar cierta documentación denota la voluntad del legislador de que las partes alcancen un acuerdo respecto de la medida suspensiva, sin que tampoco pueda hablarse en este caso de la existencia de un derecho de veto de los representantes de los trabajadores, debiéndose calificar como una actividad subsumible en el derecho de participación *ex art. 129.2 CE* (sin perjuicio de

a la prevista en los expedientes de regulación de empleo. Están legitimados para negociar tanto la representación sindical<sup>54</sup> como la unitaria (fase de negociación, a.-), exigiéndose las mismas mayorías para poder alcanzar un acuerdo (fase de suscripción, b.-).

a.- Fase de negociación: La norma describe un espacio de negociación intervenido con el fin de alcanzar un acuerdo (fase de negociación). Monitorización que afecta tanto a las condiciones de la negociación como a la materia que debe ser objeto de transacción. En cuanto a las condiciones de negociación, la única especialidad con respecto al procedimiento resolutorio reside en la disminución de la duración mínima del período de consultas a 15 días naturales (art. 20. a RPRE)<sup>55</sup>. En lo que respecta al objeto de la negociación mínimo, las partes deben negociar respecto de las causas alegadas por el empresario<sup>56</sup> y de la medida suspensiva proyectada<sup>57</sup>, así como sobre la posibilidad de adoptar medidas alternativas a la suspensión y, finalmente, sobre el plan de acompañamiento social<sup>58</sup>.

b.- Fase de suscripción: El proceso negociador puede concluir con o sin acuerdo<sup>59</sup>. Si no hubiera acuerdo, con el fin de facilitar la efectividad de una autocomposición *de intereses* (NAVARRO NIETO), cabe la posibilidad de que la discrepancia sea resuelta conforme a

---

otros acuerdos que puedan adoptarse – subsumibles en el art. 37.1 CE). Por otra parte, al igual que para la resolución, la apertura del período de consultas con los representantes de los trabajadores se articula como un trámite simultáneo a la solicitud de autorización a la Autoridad Laboral.

<sup>54</sup> La representación sindical pese a tener derecho a recibir la misma información y documentación que el empresario entregue a la representación unitaria, sólo podrá participar activamente en el acuerdo si existen órganos de representación unitaria en la empresa y representa, a su vez, a la mayoría de la representación unitaria, *ex art. 51.4.4º TRET*.

<sup>55</sup> Siguiendo a SOLÀ MONELLS, la razón por la menor duración de la fase de negociación reside en la menor incidencia que esta medida tiene en la dinámica del contrato y en la voluntad del convertir a esta medida en un instrumento ágil. Lo que no debe interpretarse como una reducción del objeto de negociación, el cual se mantiene íntegramente. Período exigible con independencia de la dimensión de la empresa. El problema se suscita respecto a la legalidad del art. 20.a RPRE'96 (plazo de 15 días sin distinción) y su posible calificación como *ultra vires*, pues, el art. 47.1.3º TRET habla de reducir el plazo del art. 51.4 TRET a la mitad (esto es, 8 o 15 días, frente a los 15 o 30). De hecho, la doctrina laboral con anterioridad a la promulgación del RPRE'96 entendía que los plazos eran respectivamente de 15 y 8 días. CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, *op. cit.*, p. 323. Tratando de salvar la legalidad del art. 20.a RPRE, SOLÀ MONELLS entiende que, la referencia en singular al plazo que el art. 47.1.3º hace respecto al art. 51.4 TRET, sólo se refiere al plazo de 30 días (que tiene carácter general o común), sin que sea aplicable al de 15 días puesto que se trata de un plazo especial en sí mismo. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 319 a 322.

<sup>56</sup> *Vid. supra* en cuanto al sentido que debe atribuirse al mandato del art. 20.b) RPRE'96 respecto a la necesidad de acreditar el carácter coyuntural de la empresa.

<sup>57</sup> “Podrá discutirse sobre la modalidad de suspensión utilizada, el número de suspensiones propuestas, la extensión de las mismas, su ubicación temporal y los criterios empleados para seleccionar a los afectados”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 327.

<sup>58</sup> El objeto del plan, como se analizará, no es tratar de *prevenir la suspensión*, sino *sólo sus efectos o consecuencias*, por un lado, y *garantizar la continuidad de los contratos no afectados*, por otro. Respecto de las primeras medidas, pueden identificarse medidas de protección económica; medidas dirigidas a integrar al trabajador afectado (con el contrato en suspenso) en otro puesto de trabajo (en la misma empresa o en una empresa del grupo, o bien, en otra empresa); y medidas dirigidas a garantizar su ocupabilidad o readaptación. Respecto de las segundas, debe tratarse de negociar medidas a garantizar la viabilidad del proyecto empresarial y la continuidad de los trabajadores no afectados.

<sup>59</sup> Según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-2., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), en el año 2007, de los 1.444 expedientes de suspensión presentados, 945 finalizaron con acuerdo y 499 sin acuerdo (un 34'55 %). Repárese que a diferencia de los expedientes de regulación de empleo, el número de desacuerdos en los supuestos suspensivos es sustancialmente superior (según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-2, en el año 2007, de los 2.319 expedientes de regulación de empleo presentados, 2.190 finalizaron con acuerdo y 129 sin acuerdo - un 5'56 %).

mecanismos de solución por medios extrajudiciales (mediación o arbitraje), *ex art. 85.1 TRET*. El acuerdo suspensivo, en caso de producirse, no presenta ninguna novedad respecto al acuerdo resolutorio, pudiendo tener un contenido complejo, atendiendo al amplio espectro de materias que pueden ser objeto de negociación. Por lo que cabe hacer un deslinde de contenidos, distinguiendo, lo que constituye el *acuerdo o pacto de suspensión*<sup>60</sup>, de aquellas otras transacciones que de forma paralela se deriven de la propia negociación y cuya inclusión se derive de la voluntad de las partes, *acuerdos o pactos potestativos o dispositivos*<sup>61</sup>.

3.- La fase de instrucción no presenta ningún tipo de especialidad con respecto al procedimiento previsto para los ceses colectivos, por lo que nos remitimos a lo que se expondrá posteriormente<sup>62</sup>.

4.- En lo relativo a la fase de decisión, el papel de la Autoridad Laboral frente a la existencia o no de un acuerdo tras el período de consultas es el mismo que en los supuestos de regulación de empleo<sup>63</sup>. Si el período de consultas finaliza con acuerdo y no media dolo, coacción, abuso de derecho o fraude (en cuyo caso, deberá remitirse el acuerdo a la autoridad judicial)<sup>64</sup>, la Autoridad Laboral debe autorizar el *acuerdo o pacto de suspensión* adoptado; mientras

---

<sup>60</sup> Derivación del derecho de participación *ex art. 129.2 CE*, que conforma el contenido obligatorio del expediente suspensivo, cuya eficacia está supeditada a la autorización administrativa. La validez de este pacto está condicionada a que incluya las denominadas cláusulas de encuadramiento (esto es, las dirigidas a identificar las partes firmantes, el ámbito del acuerdo y la fecha de suscripción). En segundo lugar, la referencia a la causa o causas empresariales que justifican la medida suspensiva (teniendo presente que el art. 51.5 ET incorpora la posible impugnación por “inexistencia de la causa motivadora”). Y, finalmente, el pacto sobre la concreta medida suspensiva, refiriéndose específicamente a su modalidad, alcance cuantitativo (indicando nominativamente los trabajadores afectados o bien estableciendo los parámetros que canalicen la decisión empresarial). En cuanto a su ubicación temporal, SOLÀ MONELLS entiende que su especificación es obligatoria porque “de esta forma se garantiza una mínima identificación de la medida acordada”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 340.

<sup>61</sup> Derivación del art. 37.1 CE, que adopta la forma jurídica de acuerdo de empresa - *de regulación* -, cuya eficacia es inmediata - normalmente condicionada a la ejecución por parte del empresario de la medida suspensiva -, normativa y, en función de su contenido, general o limitada. Acuerdos que en función de las materias sobre las que incidan deben respetar el procedimiento establecido legalmente al efecto.

<sup>62</sup> *Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*. Sin embargo, lo cierto es que al reducirse la duración del período de consultas a 15 días, se dificulta la posibilidad de que la Inspección de Trabajo pueda emitir su informe en el plazo de diez días y que esté a disposición de la Autoridad Laboral antes de la finalización de dicho trámite. CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, *op. cit.*, p. 325. Por este motivo, como ya se ha expuesto, debe entenderse que pese a que se llegue a un acuerdo antes de los diez días, debe entenderse que la Inspección de Trabajo sigue disponiendo de dicho plazo para emitir su informe. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>63</sup> Según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-23., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), en el año 2007, el número de trabajadores afectados por expedientes de suspensión según la causa alegada fueron los siguientes (la estadística del número de expedientes en función de la causa alegada no aparece en la página web del Ministerio). Por causas económicas (desglosadas): “por problemas de tesorería o financiación”: 1.249; “por restricción de demanda y rescisión de contratos”: 2.074; “por quiebra, suspensión de pagos, deudas”: 3; “por baja productividad”: 750; “por aplicación medidas económicas”: 544. Por causas técnicas (desglosada): “técnicas”: 4.136; “reestructuración de empresas”: 11; “ruinas u obras de inmuebles y falta de materia prima”: 657; y por causas organizativas o de producción: 15.598.

<sup>64</sup> Como se analizará la Autoridad Laboral, en tanto que debe impugnar el acuerdo si aprecia fraude debe entenderse que está habilitada para analizar la concurrencia de las causas alegadas por el empresario. Circunstancia que homogeneiza su papel tanto si media acuerdo como si no (*vid. infra Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte*). No obstante, como recoge SOLÀ MONELLS, en la práctica, ante la existencia de un acuerdo, la Autoridad Laboral acostumbra a autorizar la medida automáticamente, sin entrar a analizar la existencia de una

que los *acuerdos dispositivos o potestativos* que se pudieran realizar no precisan de dicho trámite para alcanzar plena eficacia<sup>65</sup>.

Si el período de consultas finaliza sin acuerdo, la Autoridad Laboral tiene un plazo de 15 días naturales a partir de la comunicación de la finalización del período de consultas para estimar o desestimar en todo o en parte la solicitud empresarial (estimándose el silencio positivo<sup>66</sup>). Tarea en la que la Autoridad Laboral debe valorar si efectivamente concurre una excesiva onerosidad, y para ello debe comprobar, primero, si se ha producido un desequilibrio contractual (un exceso del *alea* normal); y, segundo, si responde a parámetros objetivos, esto es, desvinculado de la mera conveniencia empresarial<sup>67</sup>.

La resolución (ejecutiva desde la fecha en que se dicte – art. 15 RPRE<sup>68</sup>) en caso de ser estimatoria debe especificar el número y categoría de los trabajadores afectados y su extensión temporal<sup>69</sup>. En todo caso, debe ser motivada y congruente con la solicitud empresarial<sup>70</sup>, estando facultada para reducir el número de trabajadores afectados y su duración. Obtenida la autorización el empresario está facultado para proceder a las suspensiones de los contratos correspondientes.

---

situación reconducible a las causas empresariales. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 357.

<sup>65</sup> Como recoge SOLÀ MONELLS, “en la práctica la Autoridad Laboral tiende a asumir el acuerdo en su conjunto y (...) algunas veces incluso lo incorpora como anexo a la resolución autorizatoria. A nuestro entender ello no resulta imprescindible para la eficacia de aquellas cláusulas, que continuarán siendo vinculantes aunque no se hayan recogido expresamente en la autorización”. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 352.

<sup>66</sup> En tal caso, debe solicitarse acudir a un certificado de acto presunto, *ex art. 43.5 LRJPAC (vid. infra, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte)*.

<sup>67</sup> La doctrina mayoritaria, a partir de la distinción conceptual entre *causas, medidas y finalidades*, admite la división de la actuación administrativa en dos fases, atendiendo en primer lugar, a la verificación de las causas empresariales alegadas; y, en segundo lugar, al juicio de razonabilidad o la comprobación de la conexión de funcionalidad. *Vid. al respecto infra, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte* (y, específicamente, respecto de la suspensión, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 359 a 366).

<sup>68</sup> Sin que puede admitirse que despliegue sus efectos retroactivamente. Cuestión discutida en la doctrina, pues se admite la posibilidad de que la Autoridad Laboral otorgue efectos retroactivos a la autorización administrativa en base al art. 57.3 LRJPAC. *Vid. al respecto, SOLÀ MONELLS*. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 371 a 378. Posibilidad que no puede aceptarse no sólo por su “dudosa compatibilidad respecto a la conformación estructural de la figura en estudio”, sino porque como se analizará a continuación, la suspensión de la relación de trabajo sin cobertura autorizatoria no puede entenderse como un supuesto de interrupción del contrato por causas imputables al empresario encuadrable en el art. 30 TRET.

<sup>69</sup> La fijación de la duración de la suspensión resulta esencial para la validez de la autorización administrativa, debiéndose considerar como nula si no se especificara. **VIDA SORIA**. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>70</sup> En este sentido, no puede aceptarse la tesis de un sector de la doctrina que sostiene que el principio de congruencia permite a la Autoridad Laboral a autorizar una suspensión en vez de una resolución o viceversa (*vid. supra*). Por otra parte, debe rechazarse también la posibilidad de que la Autoridad Laboral realice una variación cualitativa, autorizando una suspensión “discontinua” en vez de una “continua” o viceversa, porque la reducción de jornada no puede calificarse como un supuesto suspensivo; y, en tanto que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no puede quedar sometida a una previa la autorización administrativa (STC nº 92, 11 de junio 1992, RTC 92), ni tampoco puede alterarse si estuviera prevista en un convenio colectivo (art. 41.2.3 TRET) ni imponerse al trabajador individualmente (art. 12.4.e TRET) - *vid. extensamente infra*.



### ***1.1.3.- Efectos de la suspensión sin la preceptiva autorización y de la revocación de la autorización en la vía administrativa o judicial.***

La parquedad del TRET plantea numerosos problemas respecto de las consecuencias derivadas de la suspensión sin la preceptiva autorización (1.-) y de la revocación de la autorización en la vía administrativa o judicial (2.-). Extremos que se tratan a continuación.

1.- La doctrina discute la posibilidad de declarar la nulidad de la decisión suspensiva adoptada sin cobertura autorizatoria, esto es, si empresario procede a la suspensión en ausencia absoluta del procedimiento establecido, o bien durante su tramitación (y antes de la resolución) o bien pese al rechazo de la Autoridad Laboral, o bien si se extralimita más allá de lo autorizado. Un sector entiende no puede acudir a la vía del art. 124 TRLPL, pues, la remisión del art. 47 al 51 TRET es sólo al “procedimiento”, y no “a la revisión judicial por ausencia de [procedimiento]”<sup>71</sup>. En cambio, otro sector – con mejor doctrina, a nuestro entender-, pese a convenir en la no aplicabilidad del art. 124 TRLPL, sostiene que puede decretarse la nulidad de la decisión suspensiva sobre la base de los siguientes argumentos: primero, el art. 6.3 CC (nulidad de los actos que contravienen normas imperativas); segundo, el parecer de la doctrina mayoritaria que sostiene la ineficacia de las extinciones colectiva por causas de empresa no autorizadas; y, tercero, al hecho de que el Tribunal Supremo<sup>72</sup> ha declarado la nulidad de la decisión suspensiva sin la preceptiva autorización en supuestos imposibilidad objetiva.

En la medida que no puede sostenerse la suspensión de la relación de trabajo, la doctrina discute cuál es la calificación jurídica que debe atribuirse a la situación en la que permanece el contrato de trabajo. Según SOLÀ MONELLS, los efectos jurídicos derivados de la suspensión sin cobertura autorizatoria describen un supuesto de interrupción, excluyendo la existencia de un despido tácito<sup>73</sup>, y posibilitando que el trabajador perciba el salario, en virtud del art. 30 TRET<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, op. cit., p. 319.

<sup>72</sup> Sentencia 20 de junio 1995 (RJ 5360).

<sup>73</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 563. Aunque, posteriormente, el propio autor sostenga que “el ejercicio por parte del empresario de su poder suspensivo sin cobertura autorizatoria comportará normalmente un incumplimiento de la obligación de pago salarial y del deber ocupación efectiva que a su vez lesionará los correlativos derechos del trabajador o trabajadores afectados” (p. 576). Situación que, a nuestro modo de ver, lejos de definir un supuesto interruptivo, podría subsumirse perfectamente en una situación calificable como un incumplimiento contractual.

<sup>74</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 567 y ss. VIDA SORIA distingue dos posibles situaciones, en función de si la paralización temporal de la actividad de la empresa se hace tácitamente o de un modo expreso. En el primer supuesto, lo califica como un supuesto de cierre definitivo reconducible al art. 51 TRET. En cambio, en el segundo, entiende que se está ante un supuesto subsumible en el art. 30 TRET y, por consiguiente, considera que “no hay tal situación suspensiva, ni legal ni ilegal, sino que se está ante un caso de *mora accipiendi* del empleador”. VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, op. cit., p. 26. Por su parte, CRUZ VILLALÓN, sin distinguir entre ambas situaciones, entiende que en el caso de suspensión sin la preceptiva autorización, se está ante un supuesto subsumible en el art. 30 TRET. CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, op. cit., p. 319.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, pese a llegar a la misma conclusión, esto es, la aplicación del art. 30 TRET, no puede aceptarse el *iter argumentativo* porque dicho precepto no puede calificarse como un supuesto de interrupción del contrato<sup>75</sup>. El art. 30 TRET (así como sus antecedentes) es única y exclusivamente una *especificidad laboral* de la *mora accipiendi* y no la plasmación de un supuesto de caso fortuito, desde la perspectiva de la teoría objetiva de la imposibilidad objetiva<sup>76</sup>.

Aunque los efectos jurídicos de la interrupción y del deber de ocupación efectiva *sean similares* (obligación de seguir abonando el salario, pese a no prestar el trabajo), en puridad, no quiere decir que el art. 30 TRET pueda catalogarse como un supuesto de interrupción, porque entre uno y otro media una diferencia absolutamente sustancial: la imputabilidad<sup>77</sup>. La responsabilidad del empresario, *ex art. 30 TRET*, deriva única y exclusivamente de un comportamiento imputable, mientras que en los supuestos de interrupción nunca concurre dicho factor<sup>78</sup>. El art. 30 TRET describe un retraso en el cumplimiento de una de las prestaciones, lo que no obsta a que ambas prestaciones *sigan siendo exigibles sin solución de continuidad* (motivo por el que se exige al trabajador que esté a disposición del empresario); mientras que en la interrupción concurre una causa que exonera al trabajador de su obligación principal (la prestación de trabajo), pero no al empresario, que sigue estando obligado a satisfacer el salario.

Por otra parte, no puede sostenerse, como apunta esta corriente doctrinal, que no concurre un despido tácito y sí, en cambio, una interrupción (pretendidamente, *ex art. 30 TRET*), cuando el incumplimiento imputable tenga una duración limitada en el tiempo o bien cuando sea deducible que el deudor no quiere incumplir<sup>79</sup>. Hipótesis que debería enfocarse, a nuestro modo de ver, desde otra perspectiva. Debería partirse de la idea de si ese incumplimiento imputable es lo suficientemente grave como para justificar la resolución (despido tácito). Proceso en el que es posible que la *duración* del retraso imputable se erija en el elemento que permita apreciar o bien la existencia de mora o bien un incumplimiento contractual imputable<sup>80</sup>; pero, en ningún caso, puede aceptarse que entre la resolución por

---

<sup>75</sup> En contra, **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 443; y **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 572.

<sup>76</sup> *Vid.* extensamente al respecto *infra*.

<sup>77</sup> Entre la mora y la imposibilidad objetiva transitoria median diferencias insalvables, pues, si bien en uno u otro supuesto cabe considerar que tiene la *perpetuatio obligationis*, en una el incumplimiento es imputable y en la otra es inimputable.

<sup>78</sup> Esta construcción parte de la base de que el art. 30 TRET contiene un supuesto de “imposibilidad imputable”.

<sup>79</sup> **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 564 y ss. Si bien es cierto que la *mora accipiendi* no es sinónima de incumplimiento, también lo es que puede serlo en aquellos casos en los que la prestación debida deje de ser útil para el acreedor (mora cualificada). Planteamiento del que se desprende que la calificación de la mora como cualificada no depende de la voluntad del deudor incumplidor, sino de la utilidad que el acreedor espera obtener de la prestación debida.

<sup>80</sup> La doctrina civil estima que cualquier clase de incumplimiento no puede fundamentar la resolución, sino “sólo aquel que, siendo imputable, constituya por su gravedad una verdadera inexecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quién la prestación ha de ser entregada”. En definitiva, en la medida que está en juego la

incumplimiento culpable y la interrupción del contrato exista comunicación alguna y mucho menos escalonamiento. La alternativa al despido tácito no es la interrupción del contrato, porque la diferencia entre uno y otro no radica en la duración del incumplimiento, sino en que en uno el incumplimiento es imputable y en el otro no<sup>81</sup>. En todo caso, la suspensión declarada ilícita es mucho más cercana a la resolución sin causa que a la interrupción. Lo cual es lógico si se atiende a la naturaleza jurídica de la suspensión.

Por consiguiente, la decisión empresarial de suspender el contrato contraviniendo el preceptivo procedimiento administrativo o bien los términos de su habilitación debe calificarse como nula, *ex tunc*, reconociendo al trabajador su derecho a percibir su salario, en virtud del art. 30 TRET, pues, el empresario se ha retrasado en su cumplimiento (sin descartar que pueda acudir a la resolución por incumplimiento).

2.- En los supuestos en los que autorizada la medida suspensiva, si con posterioridad se declara su ilicitud por inexistencia de la causa alegada (administrativa o judicialmente), debe declararse la nulidad *ex tunc*. Por ello, los trabajadores tienen derecho, primero, a ser restituidos en las situaciones jurídicas que poseían con anterioridad a la suspensión de sus contratos basada en la autorización impugnada; y, segundo, a percibir los salarios desde la fecha en la que la decisión empresarial se hizo efectiva<sup>82</sup>.

---

permanencia de la relación contractual, se estima que “la leve entidad del incumplimiento prelude la resolución”. **MONTES PENADES**. *Art. 1124, op. cit.*, p. 1231.

<sup>81</sup> “La delimitación entre el ejercicio del poder suspensivo sin cobertura autorizatoria y el despido tácito queda claramente establecida, al menos a nivel teórico. La frontera entre ambos radica en el carácter temporal o definitivo del doble incumplimiento que caracteriza la situación fáctica común”. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, p. 563.

<sup>82</sup> SST'S 24 de enero 2006 (RJ 923); 22 de noviembre 2005 (RJ 10048); 17 de enero 2002 (RJ 3757); y 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269) – relativas a un expediente de regulación de empleo, pero perfectamente trasladables a los supuestos suspensivos analizados. En contra, siguiendo el criterio de la STS 13 de diciembre 1990 (RJ 9783), **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, p. 561 y 562. No creemos que sea aplicable la (discutible) doctrina de las SST'S 31 de mayo 2006, pues, si la aplicáramos a estos casos, a diferencia de los supuestos allí enjuiciados, los trabajadores acabarían sin percibir resarcimiento alguno (*vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte).

## ***1.2.- Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el trabajador y la suspensión de la relación de trabajo.***

El derecho a suspender la relación de trabajo no es una facultad reconocida en exclusiva al empresario. En concreto, la legislación laboral reconoce esta posibilidad a los trabajadores en determinadas situaciones relacionadas con ciertos “acontecimientos” vinculados a la “esfera familiar y personal” del trabajador. Al margen de los específicos objetivos que persiguen cada uno de los supuestos recogidos en la norma, todos ellos tienen como denominador común la voluntad de proteger la continuidad del negocio jurídico, esto es, la estabilidad en el empleo.

Por otra parte, salvo en lo relativo al período puerperal obligatorio, puede afirmarse que se trata de supuestos en los que concurre una excesiva onerosidad sobrevenida, pues, es claro que ni concurre una imposibilidad objetiva sobrevenida ni tampoco un incumplimiento imputable (tampoco puede entenderse la suspensión venga impuesta por el Legislador, como sucede con el riesgo durante el embarazo).

En concreto, los supuestos a los que se está haciendo referencia y que van a ser objeto de estudio son: la suspensión por maternidad, por paternidad, para el cuidado de familiares, por violencia de género y para la formación o perfeccionamiento profesional.

En este sentido, reiterando un planteamiento ya expuesto con anterioridad, frente a los tradicionales supuestos suspensivos, se aprecia (al igual que en la modificación) una tendencia a incrementar las facultades atribuidas al trabajador. Evidenciando el buen estado de salud de la estabilidad en el empleo, al verse incrementado el espacio de operatividad de la movilidad interna.

### ***1.2.1.- Suspensión de la relación de trabajo por maternidad (más allá del puerperio) y por paternidad.***

#### ***1.2.1.1.- Breve exposición de su fundamentación dogmática.***

El tratamiento jurídico de la suspensión por maternidad tiene un largo recorrido en el Derecho del Trabajo español constituyendo una de las primeras manifestaciones de lo que hoy se conoce como el principio de estabilidad en el empleo. No obstante, se trata de una institución en la que la voluntad de proteger la continuidad del negocio jurídico frente a las

desventajas reales para la conservación del empleo<sup>83</sup> no constituye su único fin, pues, se simultanea con la tutela de otros valores concretos del trabajador y de la sociedad<sup>84</sup>: la salvaguarda de la institución familiar, la promoción de una determinada política demográfica, la protección del trabajo femenino en general y la promoción de la entrada y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo<sup>85</sup>.

En definitiva, este supuesto suspensivo ha sufrido una profunda evolución, promovida por la voluntad del Legislador de incrementar la protección de la “*maternidad*”, a través de su “*conceptuación en sentido amplio*”. La regulación actual ha superado, por tanto, la concepción de este supuesto suspensivo como una institución dirigida esencialmente al restablecimiento de la salud de la madre y del hijo tras el parto; pasándose a un estadio en el que primordialmente se aspira a “facilitar el primer contacto de los padres con el hijo natural o adoptado, o con el menor acogido (futuro hijo), y el conocimiento mutuo, amén de la necesaria atención personal del bebé”<sup>86</sup>. Pero con la vista puesta en la voluntad de posibilitar un reparto más equitativo de las cargas familiares y de evitar que la carrera profesional de la madre quede hipotecada o sustancialmente sesgada. En este contexto, la reciente LOI ha contribuido notablemente a intensificar este proceso. En términos generales, se ha decidido dar cobertura a determinadas fuentes de inestabilidad omitidas con anterioridad y a mejorar la respuesta frente a manifestaciones *específicas* o *cualificadas* de riesgos ya previstos pero inadecuadamente resueltos por el ordenamiento jurídico. Además, respecto de determinadas situaciones, se ha optado por incrementar la duración durante la cual se excepciona el juego resolutorio.

Así, se ha reconocido, por primera vez en el Derecho del Trabajo español, el derecho a la suspensión por paternidad, se ha equiparado la extensión del período de suspensión por maternidad biológica y adoptiva e incluso se ha incrementado en los supuestos de discapacidad del hijo. En este sentido, también se ha producido una cierta desvinculación de la suspensión por maternidad biológica de la titularidad materna, en beneficio del reconocimiento del derecho en favor del padre. De todos modos, la incidencia de esta norma en el ordenamiento jurídico no se agota en estas relevantes cuestiones, sino que tiene otras lecturas posibles. Desde la

---

<sup>83</sup> **PANIZO ROBLES**. *Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. RMTAS Número Extraordinario Igualdad, 2007, p. 121; y **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Dificultades en el acceso al empleo de la mujer embarazada*. ASoc n° 6, 2004, versión digital (BIB 2006\641).

<sup>84</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>85</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 133. Para SIERRA HERRAIZ, los bienes jurídicos protegidos por la normativa son “en primer lugar, la salud física de la mujer trabajadora; en segundo lugar, la protección del futuro hijo o el cuidado del recién nacido en sus primeros meses o años de vida; y en tercer y último lugar, asegurar que la maternidad o el cuidado de los hijos no afecta a la carrera profesional y oportunidades de la mujer en el mercado de trabajo”. **SIERRA HERRAIZ**. *Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo*, *op. cit.* (versión digital). *Vid.* también, **MARTÍNEZ YÁÑEZ**. *Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género*. RL n° 8, 2007, p. 18 y 19.

<sup>86</sup> **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 72 y 73. En términos similares, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 135 y 136; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, *op. cit.*, p. 37 a 42.

perspectiva del derecho sustantivo, también se ha mejorado la regulación de ciertos supuestos, como el relativo al fallecimiento de la madre, o bien, ha tratado aspectos omitidos hasta la fecha, como la suspensión en caso de fallecimiento del hijo.

Desde la perspectiva de la regulación de la institución suspensiva, la reforma operada por la LOI debe valorarse en términos muy positivos, pues, ha contribuido a diferenciar el régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo de los supuestos en los que se tiene derecho a la prestación de la Seguridad Social. Cuestión especialmente relevante, pues, se trata de instituciones que pertenecen a dos dimensiones absolutamente diferenciadas y autónomas del Derecho, que operan conforme a sus propias reglas, aunque evidentemente se encuentran vinculadas de un modo muy estrecho. A pesar de ello, en los últimos tiempos, el interés del Legislador parece haberse centrado en la regulación de las cuestiones de la Seguridad Social, focalizando la acción normativa en aspectos relativos a las prestaciones, obviando un adecuado tratamiento de la dimensión sustantiva. Circunstancia que ha desembocado en la necesidad de acudir al Derecho de la Seguridad Social para suplir las lagunas existentes en el Derecho del Trabajo. Frente a este proceso, plagado de inconvenientes, la LOI ha supuesto un claro avance porque ha integrado en el Derecho del Trabajo supuestos que hasta la fecha sólo tenían cobertura legislativa en el Derecho de la Seguridad Social<sup>87</sup>.

Planteamientos que, desde una perspectiva dogmática, confirman una idea ya anunciada con anterioridad. La configuración actual de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad está muy alejada de su estructura primigenia, vinculada a la imposibilidad objetiva temporal<sup>88</sup>. Hoy en día, este planteamiento ha quedado parcialmente superado, pues, no puede identificarse exclusivamente con un supuesto de imposibilidad de ejecución objetiva del contrato, salvo en las primeras semanas posteriores al parto. Período que podría identificarse

---

<sup>87</sup> Acción que también sería deseable que se hiciera en la incapacidad temporal

<sup>88</sup> Es interesante observar como la posibilidad de suspender el contrato con anterioridad al parto y, especialmente, a medida que se incrementa el período de interrupción obligatorio y su duración se extiende más allá del puerperio, evidencia un progresivo aumento de la sensibilidad social (y política) por el hecho de la maternidad. No sólo se otorga más tiempo para facilitar el restablecimiento de la salud de la madre y del hijo tras el parto, sino que también, aunque débilmente, aspira a facilitar, por lo menos, el contacto materno-filial. Sumamente ilustrativo resulta el fragmento que recoge RIVAS VALLEJO de los folletos informativos del Instituto Nacional de Previsión en 1923 justificando la existencia del subsidio de maternidad: “ese reposo es una delicadeza, un mimo que España tiene para ella y que debe agradecerlo y guardarlo. Ese reposo es lo que principalmente justifica el sacrificio que el Estado hace por las madres obreras. Es un gran bien para ellas y acaso de él depende el que ella y su hijo resistan o eviten la enfermedad y los achaques que hacen tan penosa la vida. No reposar es hacerse grave daño a sí misma y a España”. RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 73. Planteamiento que, pese hallarse en una fase incipiente, evidencia, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, la dificultad para identificar plenamente este supuesto suspensivo con la imposibilidad objetiva. En términos similares, RIVAS VALLEJO, op. cit., p. 68 y 69; y MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 81. A nuestro juicio, frente a otros criterios doctrinales (RIVAS VALLEJO, tras rechazar que la maternidad pueda identificarse plenamente con la imposibilidad objetiva, habla de “imposibilidad moral de cumplimiento”. RIVAS VALLEJO, op. cit., p. 68 y 69; y ÁLVAREZ ALCOLEA habla de “imposibilidad legal”. ÁLVAREZ ALCOLEA. *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 23), entendemos que superado el puerperio, puede afirmarse que nos encontramos ante un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida. El progresivo incremento del período de interrupción obligatorio que se producirá en las sucesivas reformas legislativas, así como el reconocimiento reciente de dicho derecho a supuestos no vinculados con el hecho biológico de la maternidad (por ejemplo, la adopción) parecen corroborar este extremo.

con las seis semanas que, como mínimo, la Ley exige que debe suspenderse el contrato de trabajo. Como se sabe, se trata de un período de descanso puerperal indisponible, configurado como un mandato imperativo del Legislador o como una prohibición de trabajar, que coincide con una imposibilidad objetiva. Exigencia, por otra parte, lógica, atendiendo al interés de la madre y del recién nacido desde la perspectiva de su salud.

Superada esta fase inicial (y a no ser que se prolongue el período de recuperación de la madre), puede entenderse que se trata de una situación identificable con una excesiva onerosidad sobrevenida, pues, puede entenderse que la utilidad que el trabajador obtiene de su tiempo de trabajo es objetivamente inferior a la que obtiene cuidando a su hijo<sup>89</sup>. Y, el Legislador así lo entiende, sin necesidad de prueba alguna al respecto. Además, como se ha apuntado, en las situaciones de excesiva onerosidad, nada obsta a que las partes acuerden seguir cumpliendo lo pactado, pues, las prestaciones siguen siendo posibles. Y, la regulación actual de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad es el reflejo de esta estructura conceptual. No sólo porque la titular del derecho puede escoger (salvo el período de seis semanas posteriores al parto citadas), el momento que estima más oportuno para disfrutar del período de suspensión legalmente reconocido, sino que, además, debe admitirse su renuncia<sup>90</sup> y, además, expresamente se puede proceder a una *suspensión parcial* del contrato (párrafo 6º del art. 48.4 TRET)<sup>91</sup>.

A continuación se procede al estudio de la regulación de la *suspensión de la relación de trabajo por maternidad*, por un lado, y la nueva *suspensión por paternidad*, por otro. Veamos a continuación estos dos supuestos suspensivos.

### ***1.2.1.2.- La suspensión de la relación de trabajo por maternidad.***

Como es bien sabido, a la hora de reconocer el derecho a este supuesto suspensivo, el TRET traza una distinción entre los dos tipos de maternidad (fuentes de inestabilidad): la *biológica* o *natural* y la *adoptiva*. Diferenciación que, junto con la posibilidad de disfrutar de este

---

<sup>89</sup> En los supuestos en los que el período de suspensión se disfrute con anterioridad al parto también cabe entender que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad, pues, si acaece una imposibilidad objetiva temporal derivada de un estado físico de la embarazada, normalmente se canaliza a través de la incapacidad temporal por enfermedad común; o, en su caso, a través de la suspensión contractual por riesgo durante el embarazo (conforme a lo previsto en los arts. 48.5 TRET y 26.2 y 3 Ley 31/1995, 8 de noviembre, Prevención de Riesgos Laborales).

<sup>90</sup> Compartiendo este criterio, **ESCUDERO RODRÍGUEZ**. *La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros*. RL 1989 – I, versión digital (La Ley 297/2001).

<sup>91</sup> En términos similares, aunque sin ubicarlo en las categorías dogmáticas descritas, MARTÍNEZ YÁÑEZ afirma que la suspensión por maternidad “se articula en dos períodos, uno de descanso obligatorio y otro de descanso facultativo, parcialmente sujetos a regímenes distintos, lo que hace pensar que los bienes jurídicos protegidos en cada uno de ellos podrían no ser idénticos, o no tener el mismo peso”. **MARTÍNEZ YÁÑEZ**. *Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género*, op. cit., p. 21. *Vid.* también, p. 33 y 34.

período a tiempo parcial, y el tratamiento de esta cuestión en la negociación colectiva, se erigen en los cuatro apartados en los que se divide este epígrafe.

#### **1.2.1.2.1.- La suspensión por maternidad biológica (y la ‘suspensión por paternidad derivada’).**

En los supuestos de *maternidad biológica o natural* pueden identificarse dos posibles períodos diferenciados: uno disfrutable por la madre (*suspensión por maternidad*) y, opcionalmente, otro disfrutable por el padre; que puede denominarse como “*suspensión por paternidad derivada*” y que debe diferenciarse de la “*suspensión por paternidad*”.

La titularidad del derecho corresponde originariamente a la mujer empleada embarazada que haya dado o que vaya a dar a luz<sup>92</sup>. En cambio, la titularidad del padre<sup>93</sup> es *derivada*, porque sólo en determinadas circunstancias puede atribuírsele su ejercicio (si fallece la madre, si así lo dispone ella, o bien – novedad -, si la madre no tiene derecho)<sup>94</sup>.

Hasta la promulgación de la LOI, la titularidad del padre, además de *derivada*, también se entendía que era *condicionada*, porque su reconocimiento dependía del hecho de que “ambos trabajasen” (en concreto, que “el padre y la madre *trabajen*”). En este sentido existía la duda de qué debía entenderse por el término “trabajar” empleado por el antiguo párrafo 2º del art. 48.4 TRET<sup>95</sup>. La nueva redacción del art. 48.4.3º TRET parece haber corregido la doctrina

<sup>92</sup> Circunstancia que debe acreditarse formalmente mediante la aportación de los partes médicos de ‘pronóstico de embarazo’, ‘pronóstico de parto’ y/o ‘notificación de parto’. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>93</sup> “El reconocimiento del “derecho del ‘padre’ del niño se hace con independencia de su vinculación matrimonial o no a la madre, y sin perjuicio de que exista persona distinta que sí ostente la condición de cónyuge legal. Cuando esta ‘concurencia’ se produce (es decir, padre natural y cónyuge legal), lo verdaderamente relevante será la paternidad natural”. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 111 y 112; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 843 y 844.

<sup>94</sup> **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 108 y 109. Aunque, a raíz de este carácter accesorio y derivado, **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**, siguiendo a **CAVAS MARTÍNEZ**, sostiene que “la nueva regulación incumple lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE, 3 de junio, sobre el carácter individualizado y no transferible entre hombres y mujeres, de los permisos parentales”. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1627). *Vid.* también, en este sentido, **LOUSADA AROCHENA**. *Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre*. AL nº 25, 2000, p. 441.

<sup>95</sup> Cabía entender que el trabajo a que se refería el precepto era el definido en el art. 1.1 TRET, quedando excluido los supuestos de trabajadores por cuenta ajena o funcionarios. En este sentido, las SSTs 28 de diciembre 2000 (RJ 2001\1882), 20 de noviembre 2001 (RJ 2002\360) y 18 de marzo 2002 (RJ 6236), respecto de la extensión del derecho de suspensión de una madre trabajadora que queda fuera del ámbito de aplicación del TRET, afirman que “solamente quien es titular de ese derecho puede cederlo, de tal suerte que para que el padre, por más que esté afiliado a la Seguridad Social, pueda disfrutarlo, es preciso que la madre se lo ceda”, por lo que, en tanto que una persona que queda fuera del ámbito de aplicación del ET, no puede ser “titular de ninguno de los derechos reconocidos en tal cuerpo normativo a los trabajadores por cuenta ajena, no podía hacer cesión a su marido de un derecho del que ella carecía”. En este sentido, *vid.* también SSTs Cataluña 18 de octubre 2003 (JUR 2004\7393); Madrid 26 de febrero 2003 (AS 3015); Murcia 30 de septiembre 2002 (AS 3004); Asturias 14 de junio 2002 (AS 1973); Madrid 25 de abril 2002 (AS 1802); Comunidad Valenciana 4 y 6 de marzo 2002 (AS 2003\916 y 1403); Aragón 11 de octubre 2001 (AS 3741); Canarias (Tenerife) 26 de julio 2001 (AS 3394); Castilla y León (Valladolid)



jurisprudencial vigente, pues, a pesar de seguir refiriéndose a la situación de que “ambos progenitores trabajen”, dispone que “en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo [siempre que cumpla con dichos requisitos, se entiende] por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente [*suspensión por paternidad*]”.

De este modo, desaparece uno de los elementos más controvertidos de la regulación anterior (calificados por la doctrina como “paradójicos”), pues, mientras que el padre carecía de la titularidad del derecho a la suspensión en los casos de maternidad biológica, en los casos de adopción y acogimiento cualquier padre trabajador cuya pareja careciera de empleo o bien no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, tenía reconocido en su integridad el período de suspensión. Recuérdesse que para un sector doctrinal y de la doctrina judicial esta diferenciación no debía calificarse como irregular, pues, respondía a que el bien jurídico protegido en cada supuesto era distinto<sup>96</sup>.

En cuanto a la duración del período de suspensión, la LOI ha introducido una novedad muy relevante. La duración mínima sigue siendo de dieciséis semanas, ampliables en dos semanas por cada hijo a partir del segundo, en el supuesto de parto múltiple (art. 48.4.1º TRET). No obstante, como novedad, en el supuesto de que el hijo tenga algún tipo de “discapacidad”, la duración puede extenderse dos semanas (art. 48.4.9º TRET). En este sentido, en tanto que la norma no lo especifica, debe optarse por una conceptualización amplia del término “discapacidad”, sin que sea exigible un grado mínimo (lo que es posible que motive algunos conflictos interpretativos). Sin olvidar, por otra parte, que la duración de la suspensión

---

17 y 24 de abril 2001 (AS 2893 y 2894); Andalucía (Granada) 18 de diciembre 2000 (AS 2001\970); Galicia 19 de junio 1999 (AS 1971). Criterio que pese a estar referido a los trabajadores por cuenta propia debía entenderse extensible a los funcionarios porque también quedan fuera del ámbito de aplicación del TRET. No obstante, este criterio interpretativo no era compartido por un numeroso sector de la doctrina. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 143 a 146; **PIQUERAS PIQUERAS**. *El disfrute por el padre de parte del descanso por maternidad*. ASoc nº 4, 2001, versión digital (BIB 2001\721); y **VIQUEIRA PÉREZ**. *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*. 2003. Versión digital (www.tirantonline.com, TOL 636684), p. 18; y, con anterioridad a 1994, **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora*. RL 1989 – II, p. 95.

<sup>96</sup> STSJ Madrid 26 de febrero 2003 (AS 3015). En concreto, este pronunciamiento afirma que “no es coincidente el bien jurídico de la maternidad biológica, en el que prevalece el hecho de protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento, el cual produce secuelas físicas y síquicas relevantes, que el de los supuestos de adopción y acogimiento, ya que en estos últimos el bien jurídico prevalente es la inserción familiar robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será un recién nacido y, por ello, encuentra una justificación objetiva o razonable que, ante situaciones diferentes, el legislador otorgue un tratamiento jurídico distinto. Por otra parte, la desigualdad de derechos entre el padre y la madre biológicos entre sí encuentra justificación en la interrelación o enlace del permiso o licencia con el hecho de la maternidad biológica (RODRÍGUEZ-PINERO); es la madre la que da a luz, de ahí que para el legislador tenga un derecho a la titularidad originaria y el padre una titularidad derivada”. En la doctrina, justificando el tratamiento diferenciado entre la maternidad biológica y la adoptiva, **PIQUERAS PIQUERAS**. *El disfrute por el padre de parte del descanso por maternidad*, op. cit. (versión digital); y **MORENO GONZÁLEZ-ALLER**. *Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre*. AL nº 38, 2003, versión digital.

por maternidad es independiente del tipo de prestación (contributiva o no contributiva) a la que tenga derecho el beneficiario.

La reforma, por otra parte, no ha acogido las reclamaciones de un sector de la doctrina que demandaban que no sólo se estableciera un período superior en estos casos, “si tenemos en cuenta el esfuerzo y la dedicación que supone el cuidado de un nuevo hijo”, sino que, además, se previera un tiempo mayor “no sólo en función del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino en función de los ya existentes”<sup>97</sup>.

El parto opera como parámetro para el cómputo del período, tanto hacia delante como hacia atrás. No obstante, en los supuestos de nacimiento del hijo prematuro (art. 48.4.4° TRET), el período de suspensión *puede* empezar a computarse a partir del alta hospitalaria del menor (se trata, por tanto, de una posibilidad no de una obligación), a excepción de las seis semanas correspondientes al período puerperal obligatorio. Es decir, se permite interrumpir la suspensión una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, lo que constituye una excepción a la regla de disfrute ininterrumpido (art. 48.4.2° TRET)<sup>98</sup>.

Como novedad, también se prevé la posibilidad de que “en los casos de parto prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales” (art. 48.4.5° TRET). Regulación que deberá complementarse con lo que en un futuro se establezca reglamentariamente. Al respecto, la reforma no se ha hecho eco de las demandas de un sector de la doctrina que reclamaban que esta posibilidad también estuviera prevista para los supuestos de adopción y acogimiento<sup>99</sup>.

En cuanto a las *condiciones de ejercicio*, se reconoce una facultad de distribución del período de disfrute, pudiéndose hacer una distinción entre un período *obligatorio* y otro *dispositivo*. Aspecto especialmente relevante y que conviene analizar con cierto detalle, por cuanto que contribuye a corroborar la fundamentación dogmática que se defiende. Salvo las seis semanas correspondientes al período puerperal obligatorio, se admite que el disfrute del resto se articule de varias fórmulas, a disposición exclusivamente de la madre (art. 48.4.1° TRET). Ahora bien, en el caso de extensión del período por discapacidad del hijo, cabe

---

<sup>97</sup> **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA.** *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital).

<sup>98</sup> En este sentido, se ha afirmado que esta medida está justificada, pues, “en tanto el niño se encuentra bajo control médico es innecesaria la suspensión del contrato, porque el recién nacido es atendido hospitalariamente”. **SÁNCHEZ TRIGUEROS.** *Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados*, op. cit. (versión digital). Siguiendo con la exposición de SÁNCHEZ TRIGUEROS, esta situación podía darse en las siguientes situaciones: “1°) que la madre trabajadora haya fallecido y el padre pase a ser titular del derecho; 2°) que la hospitalización del menor se prolongue más allá de seis semanas; 3°) que el padre hubiera recibido, por transferencia de la madre, una parte del período de descanso”. SÁNCHEZ TRIGUEROS, op. cit. (versión digital).

<sup>99</sup> **VIQUEIRA PÉREZ.** *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 16 y 17.

entender que la madre no tiene atribuida esta facultad en exclusiva, pues, se establece que “en el caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados” (art. 48.4.9º TRET). En este sentido, se echa en falta la previsión de un mecanismo que contribuya a solventar las discrepancias que pudieran surgir al respecto.

Al margen de esta cuestión, el período de suspensión puede disfrutarse con anterioridad al parto (10 semanas o la extensión según las circunstancias) o bien con posterioridad, transcurridas las seis primeras.

Si se disfruta con anterioridad, “es precisa la emisión de una declaración de voluntad, unilateral, pero recepticia”, no bastando el parte de pronóstico de parto<sup>100</sup>. La doctrina judicial, siguiendo el contenido del art. 3.4 Convenio OIT nº 103, ha estimado que en el supuesto de que la madre decida disfrutar del período de 10 semanas con anterioridad al parto, calculadas en base a una estimación médica respecto de la fecha del parto y se produce un atraso superando dicho período, debe entenderse que la madre puede continuar disfrutando del período de descanso hasta que efectivamente tenga lugar el parto (momento a partir del que se empezará a computar las seis semanas de descanso obligatorio)<sup>101</sup>.

En el caso de que se haga con posterioridad al parto, el disfrute de la totalidad del período (o, del restante, en caso de haberse disfrutando una parte con anterioridad) puede articularse de varios modos. En primer lugar, es posible que la madre lo disfrute en exclusiva. En segundo lugar, respetando las seis semanas, cabe que la madre le transfiera al padre una parte o el total restante (siempre y cuando el padre sea un trabajador por cuenta ajena), pudiendo darse situaciones en las que lo disfruten de forma simultánea o bien sucesiva (apartado 2º art. 48.4 TRET). En estos supuestos, es imprescindible una comunicación del trabajador al empresario aportando la documentación necesaria que acredite el nacimiento de su hijo, así como el período de suspensión que la madre está dispuesta a transferir (o que ya haya disfrutado). En este sentido, la LOI no ha previsto norma alguna que canalice dicha comunicación (por ejemplo, un período de preaviso). No obstante, la doctrina judicial<sup>102</sup> ha entendido que el momento de solicitud de la opción es el de inicio de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad, pues, “debe existir opción de la madre, opción que debe hacerse en un determinado tiempo y según una determinada forma, requisitos éstos que no cabe entender como meras exigencias procedimentales, sino como garantía de que sea la madre,

---

<sup>100</sup> Equivalente al actual informe de maternidad regulado en el artículo 12 del Decreto 1251/2001. STSJ Canarias (Las Palmas) 14 de mayo 2002 (AS 2003\1304).

<sup>101</sup> SSTSJ Galicia 18 de noviembre 2002 (JUR 2003\72284); Andalucía (Sevilla) 27 de abril 2000 (AS 3663); y 26 de julio 1999 (AS 3908); (Granada) 12 de julio 1993 (AS 3255); y 17 de mayo 1990 (AS 27270). En la doctrina recogiendo esta interpretación, **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital); y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 141.

<sup>102</sup> STSJ Comunidad Valenciana 18 de junio 2002 (JUR 2003\155166).

verdadera titular natural del derecho, la que libremente y porque es ese su deseo y conveniencia, ceda un descanso y un subsidio que son suyos”<sup>103</sup>.

Es importante tener en cuenta que el reparto es una decisión que corresponde a la madre<sup>104</sup>, por lo que ella debe decidir, dentro de los límites legales, qué extensión tendrá su descanso (y, consiguientemente, el del padre), cómo se distribuirá en el tiempo y entre los titulares y quién hará uso de cada una de las hipotéticas partes en las que se hubiera dividido<sup>105</sup>. Todo ello, salvo que el reparto se produzca como consecuencia del óbito de la madre, una vez iniciado el período de suspensión.

La libertad de la madre para moldear el ejercicio del período de suspensión se circunscribe al respeto de dos normas indisponibles: que el período de suspensión se disfrute de forma ininterrumpida por parte del otro progenitor; y que la duración simultánea o sucesiva no supere las dieciséis semanas - o las que correspondan - (art. 48.4.8º TRET).

Con anterioridad a la promulgación de la LOI, el antiguo párrafo 2º del art. 48.4 TRET condicionaba la libertad de la madre para moldear el ejercicio a que su reincorporación no supusiera un riesgo para su salud (art. 48.4.2º TRET). En este sentido, la doctrina entendía que ante la falta de criterios legales para determinar cómo evaluar la existencia o no de un riesgo para la salud de la madre, debía estarse a lo previsto en las normas de seguridad y salud aplicables a la empresa o bien a lo apuntado por un facultativo<sup>106</sup>. Régimen jurídico que, a la postre, derivaba en situaciones ciertamente inadecuadas como se apuntará a continuación.

En la actualidad, esta referencia ha desaparecido, por lo que podría plantearse la duda de si la madre está facultada para proceder al citado reparto a pesar de las consecuencias que ello pudiera acarrearle para su salud. No obstante, la LOI ha tratado de dar respuesta a esta cuestión, estableciendo que “el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal”.

La solución que propone el nuevo art. 48.4.2º TRET es coherente con la protección del menor y la realidad que viven las familias en estas situaciones, pues, si la madre no está en

---

<sup>103</sup> En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 6 de marzo 2002 (JUR 2003\56150). En cambio, para la STSJ Castilla La Mancha 16 de abril 1996 (AS 1378) – cit. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital) - dicho requisito “no puede constituirse en factor determinante del efectivo nacimiento del derecho”. Circunstancia que lleva a la autora citada a afirmar que se trata de un “requisito que consideramos rígido e innecesario, ya que pueden aparecer diversas circunstancias que no se tuvieron en cuenta cuando se hizo la opción”. Criticando también este criterio, **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 845.

<sup>104</sup> Al padre únicamente le queda la opción de aceptar o no el período de tiempo que le cede la madre. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 141.

<sup>105</sup> Asimismo, el art. 8 del Decreto 1251/2001 establece la posibilidad de que la madre pueda revocar la opción previamente ejercitada a favor de que el padre disfrute parte del permiso de descanso por maternidad, si sobrevinieran hechos que la inviabilizasen, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas.

<sup>106</sup> **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 109.

condiciones de trabajar, lo lógico no es paralizar el derecho del padre confiriéndoselo a la madre, pues, probablemente, ésta, pese a no trabajar, no estará en las mejores condiciones para hacerse cargo del hijo. Paralelamente, con esta solución también se consigue garantizar un derecho del padre e indirectamente se evita el desajuste organizativo que pudiera derivarse para el empresario que le emplea. Además, la anterior imprecisión normativa (“existencia de un riesgo para la salud de la madre”), ha sido reconducida hacia las categorías conceptuales de la incapacidad temporal. Por otra parte, pese a que el precepto sólo habla de la “incapacidad temporal”, también cabría extenderlo a los supuestos de riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 años (art. 48.5 TRET y 26.4 LPRL).

Un aspecto discutido en la doctrina y no resuelto por la LOI es si el período de suspensión por maternidad tiene carácter obligatorio o bien cabe la posibilidad de su renuncia. De la literalidad del art. 48.4.1º TRET (“tendrá una duración”) parece desprenderse que su disfrute tiene un carácter imperativo (hasta el extremo de que el empresario estaría facultado para imponerlo). Interpretación que, se afirma, mejor garantiza la protección del interés del menor y la recuperación de la madre<sup>107</sup>.

Sin embargo, cabría admitir la posibilidad de que la madre, superado el período de descanso obligatorio, renuncie al período restante sin tan siquiera transferírsele al padre (sin que el empresario, por el contrario, pueda oponerse a la decisión que finalmente adopte el trabajador). La redacción del art. 45.1 TRET (“podrá suspenderse”), el silencio del Legislador respecto a la naturaleza del período de 10 semanas, la reciente posibilidad de que la madre en caso de aborto renuncie al disfrute de la totalidad del período y el hecho de que sea discutible que la obligatoriedad del período se erija en la medida más idónea para la protección del menor permiten defender la naturaleza dispositiva de este derecho<sup>108</sup>. Además, el art. 1 Decreto-Ley 11/1998, que Regula las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, prevé expresamente que “en el caso de que el trabajador no agote el período de descanso o permiso a que tuviese derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su incorporación a la empresa”. Contribuye a

---

<sup>107</sup> En este sentido, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 58 y 59; y **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, op. cit., p. 71.

<sup>108</sup> *Vid.* al respecto, **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’*, op. cit., p. 23 a 25; y, específicamente, para los supuestos de suspensión por adopción y acogimiento, *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 7 a 9; y **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 120, 121, 134 y 135. Incluso, la STSJ Andalucía (Sevilla) 10 de julio 2001 (AS 2002\1476) va más allá, pues, entiende que “es a ella, a la mujer madre, a quien, en atención a su estado de salud y a las necesidades de su hijo, corresponde tomar la decisión que estime más conveniente”. Por lo que “el derecho de una trabajadora a disfrutar un período de descanso de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, de obligada observancia para las dos partes de la relación laboral, no puede confundirse con la situación de una mujer que, durante el indicado período, se quiere incorporar al trabajo, sin existencia de previa relación laboral, es decir, cuando se halla en situación de desempleo”. Así pues, el disfrute del período de descanso obligatorio no empece a que pueda ejercer su derecho preferente para cubrir las sustituciones que surgieran en la Administración.

corroborar esta tesis, el hecho de que un sector de la doctrina estime que la ampliación del período de suspensión en caso de parto múltiple es una facultad reconocida a la trabajadora, por lo que si no se manifestara al respecto, debe entenderse que la duración será la ordinaria, esto es, dieciséis semanas<sup>109</sup>. Interpretación que cabría extender a los supuestos de discapacidad del hijo.

- Más allá de estas cuestiones, la LOI ha tratado de dar una mejor respuesta a determinados riesgos, inadecuadamente resueltos por la legislación anterior, contribuyendo a incrementar sustancialmente la continuidad del contrato de trabajo. En concreto se refiere a los supuestos de fallecimiento de la madre (a.-); y, también, ha regulado un nuevo supuesto, largamente reclamado por la doctrina: la suspensión por maternidad en el supuesto de fallecimiento del hijo (b.-).

#### ***a.- La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento de la madre.***

En el supuesto de fallecimiento de la madre tras el parto, o bien, con posterioridad al mismo, la LOI ha introducido novedades destacables, dando cobertura legal a un planteamiento ya asumido con anterioridad<sup>110</sup>. Así, en la redacción actual del párrafo 1º del art.

---

<sup>109</sup> RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 119.

<sup>110</sup> Según la regulación anterior, la totalidad del período de suspensión total o el que quedara restante correspondía – siempre y cuando tuviera la condición de trabajador por cuenta ajena (antiguo art. 48.4.1º TRET). STSJ Comunidad Valenciana 6 de marzo 2002 (AS 2003\1403). Para MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, con independencia de la “causa del fallecimiento de la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de lo que reste del período de suspensión”. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital). Ahora bien, la norma no especificaba si era necesario que la mujer tuviera la condición de trabajadora asalariada. Cabía entender que, en tanto que la titularidad originaria correspondía a la madre siempre y cuando fuera asalariada, si no ostentaba dicha condición, no adquiriría el derecho a la suspensión y, por consiguiente, no podía transmitirlo; por lo que el padre no podía disfrutar del período de *suspensión por paternidad derivada*. En este sentido podría extenderse el criterio sentado por las SSTS 28 de diciembre 2000 (RJ 2001\1882); y 20 de noviembre 2001 (RJ 2002\360) respecto de la imposibilidad de extensión del derecho de suspensión por maternidad de una madre trabajadora que queda fuera del ámbito de aplicación del TRET – pues, no puede ceder un derecho que no tiene. No obstante, atendiendo a la literalidad del precepto, cabía acoger otra interpretación, diferenciando si el óbito se producía en el parto, o bien, en un momento posterior. En el primer supuesto, se podía entender que el art. 48.4.1º TRET reconocía al trabajador la posibilidad de disfrutar de la totalidad del período de suspensión en el caso de “fallecimiento de la madre” (y no de la “trabajadora”), por lo que cabía entender que no era necesario que en tales circunstancias la madre tuviera la condición de asalariada. VALLE MUÑOZ. *La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, op. cit., p. 51. En cambio, si la muerte se producía con posterioridad al parto, en tanto que el art. 48.4.1º TRET hablaba de la posibilidad de disfrute de la “parte que reste del período de suspensión”, si la mujer no tenía la condición de trabajadora, dicha suspensión no hubiera sido reconocida, por lo que no podía entenderse que fuera susceptible de transmisión. De todos modos, pese a que este trato diferenciado podía calificarse como discutible desde la perspectiva de la salvaguarda del interés del recién nacido, debe tenerse en cuenta que, con independencia del momento del óbito de la madre, el padre estaba siempre facultado para acudir a la suspensión de la relación de trabajo por cuidado de un menor de seis años, ex art. 46.3 TRET. En este sentido, aunque aplicando el contenido de la Directiva 96/34/CE, 3 de junio, por no estar en vigor la Ley 39/1999, STSJ Galicia 27 de julio 2000 (AS 2202). Finalmente, la Resolución 21 de abril 2004 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (Boletín Informativo de la Seguridad Social 30 de abril 2004, LEG 3203), a los efectos del reconocimiento de la prestación económica, declaraba que “en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior, con independencia de que aquella se encuentre o no incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad, prevista en

48.4 TRET se establece lo siguiente: “en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computando desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”. En este sentido, a los efectos de la suspensión de la relación de trabajo, dejando, por tanto, al margen la cuestión relativa a la prestación de la seguridad social, cabe entender que para que el superviviente pueda disfrutar de este derecho basta con que se produzca el óbito (en el parto o en un momento posterior) de la madre (trabajadora por cuenta ajena o no) y que sea trabajador por cuenta ajena (sin necesidad de que tenga que cumplir con los requisitos exigidos para tener acceso a la prestación de la Seguridad Social). De hecho, el precepto no condiciona su ejercicio a requisito alguno, salvo los dos citados.

#### ***b.- La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento del hijo.***

Otra de las novedades destacables de la LOI consiste en la regulación de la suspensión de la relación de trabajo en los supuestos del fallecimiento del hijo. En el supuesto de óbito del recién nacido en el parto o en un momento posterior, el art. 12.2 de la Orden 13 de octubre 1967 establecía la posibilidad de disfrutar del descanso obligatorio de 6 semanas o lo que restara pese a la muerte del hijo. Posteriormente, el Decreto 1251/2001 en el párrafo 2º del art. 7.2 establece que “en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del padre”. Sin embargo, conviene tener en cuenta que el Decreto 1251/2001 únicamente se está refiriendo a la prestación de la seguridad social, por lo que atendiendo a la literalidad del antiguo art. 48.4 TRET (que no condicionaba el derecho a la supervivencia del hijo – y ahora tampoco) y a lo previsto en la citada norma, podía defenderse el reconocimiento del derecho al disfrute de un período de suspensión de 16 semanas (con la posibilidad, dado su carácter dispositivo, de renunciar a una parte del mismo, salvo las seis semanas del período puerperal).

En este sentido, desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la regulación de la institución suspensiva, el nuevo art. 48.4.1º TRET supone una gran novedad, pues, viene a cubrir una laguna existente en la regulación de la suspensión de la relación de trabajo desde la

---

los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos conforme a la normativa vigente”. Aspecto que posteriormente se incluyó en el art. 4.1 Decreto 1251/2001, tras la modificación introducida por el Decreto 1335/2005 (Disposición Final 4ª).

derogación de la citada Orden de 1967. En concreto se establece que “en el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo”.

Otro de los aspectos largamente discutidos por la doctrina es el relativo al tratamiento jurídico que debe dispensarse a los supuestos de aborto o interrupción del embarazo. En este sentido, la reforma ha perdido (de nuevo) una gran oportunidad para regular esta cuestión y desvanecer las dudas interpretativas existentes (que, con toda probabilidad, persistirán con la nueva regulación). La doctrina oscila entre equiparar esta situación a la suspensión por maternidad<sup>111</sup> o bien considerar que se trata de una situación determinante de incapacidad temporal<sup>112</sup>.

Esta discusión *parecía* haber quedado zanjada con la promulgación del Decreto 1251/2001. Así, el art. 7.2.3º establece que la madre tiene derecho al percibo de la prestación por maternidad durante seis semanas, cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días”. Sin embargo, a pesar de que se trata de una norma que sólo se refiere a la prestación por maternidad, sin especificarse qué sucede con la relación de trabajo durante este período, debe entenderse que también se está refiriendo a la suspensión por maternidad<sup>113</sup>.

Ahora bien, según lo previsto en el Decreto 1251/2001, cabe preguntarse si existe la posibilidad de acceder a la suspensión por maternidad en los supuestos en los que el feto hubiera permanecido en el seno materno menos de 180 días. En principio, cabría entender que esta situación queda comprendida como un supuesto de incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Sin embargo, también podría sostenerse una interpretación más flexible, atendiendo a las dificultades para precisar con exactitud el citado período de 180 días.

---

<sup>111</sup> Para RIVAS VALLEJO, debe calificarse como un supuesto suspensivo equiparable a la maternidad, concediéndose a la trabajadora la posibilidad de disfrutarlo en su integridad. RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 120. En términos similares, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 215. ALMENDROS GONZÁLEZ aboga por admitir que el término parto empleado por el art. 48.4 TRET es lo suficientemente amplio como para admitir “otras circunstancias intrínsecamente unidas a la maternidad”. Por ello, acogiendo el criterio de un sector de la doctrina judicial (STSJ Madrid 1 de julio 1997, AS 2612) sostiene la posibilidad de suspender el contrato por maternidad, pero sólo durante el tiempo necesario para que la madre pueda recuperarse. ALMENDROS GONZÁLEZ. *Familia y trabajo*, op. cit., p. 80 a 82.

<sup>112</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*, op. cit., p. 47 a 51; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital); y *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, op. cit., p. 249. Vid. también, MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 76 y 77; y GARRIGUES GIMÉNEZ. *Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias*. En “La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996, p. 292.

<sup>113</sup> Comparte este criterio, SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 844.



Finalmente, a nuestro modo de ver, la nueva redacción del párrafo 1º del art. 48.4 TRET puede contribuir a resolver todas estas dudas interpretativas, pues, el hecho de que el precepto emplee genéricamente la expresión “fallecimiento del *hijo*” permitiría sostener que también se está refiriendo a los supuestos de aborto. Así pues, al margen del reconocimiento a la prestación económica, se estaría reconociendo el derecho a la suspensión de la relación de trabajo durante un período de dieciséis semanas en los supuestos de aborto o interrupción del embarazo; reconociéndose a la madre la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo transcurridas las seis primeras semanas. Un sector de la doctrina, a fin de rechazar este planteamiento, argumenta que las necesidades de la madre que se encuentra en esta situación ya están suficientemente cubiertas con el amparo que ofrece la incapacidad por contingencias comunes<sup>114</sup>.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que, la maternidad en su configuración actual no se concibe como una medida dirigida únicamente a posibilitar el restablecimiento de la salud de la madre. Por otra parte, las dolencias que padece la mujer que ha abortado no deben limitarse a los aspectos meramente fisiológicos, sino que existe un componente psicológico, que no puede obviarse y que precisa de un tiempo de recuperación más dilatado. Por lo que es posible que no acabe de encajar en el seno de la incapacidad temporal por contingencias comunes, debiéndose atribuir a la suspensión por maternidad un papel preponderante para evitar estas posibles situaciones.

#### ***1.2.1.2.2.- La suspensión por maternidad en caso de adopción y acogimiento.***

En los supuestos de *adopción* o *acogimiento*, de un menor de seis años, la reforma de 1999 equiparó la protección de estos supuestos con la maternidad biológica, por lo que el período de suspensión se extiende a dieciséis semanas, pudiéndose extender por dos más, por cada menor a partir del segundo, en caso de que fuera múltiple. En concreto, se incluyen de forma expresa los casos de adopción<sup>115</sup> y acogimiento, aunque como novedad se ha producido un cambio de ubicación sistemática, pues, la delimitación positiva de los colectivos amparados ha pasado del art. 48.4.4º al art. 45.1.d) TRET.

Más allá de esta cuestión, la incidencia de la LOI ha sido notable, especialmente, en la ampliación de la duración del período suspensivo para determinados colectivos, y también en la

---

<sup>114</sup> Por todos, **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital).

<sup>115</sup> En los supuestos de adopción se exige que los adoptantes (trabajadores) sean mayores de 25 años y tener 14 años más que el adoptado, aunque si se trata una adopción en pareja basta que uno de ellos alcance dicha edad (art. 175.1 CC).

inclusión de los supuestos de *acogimiento simple*. A pesar de estas novedades claramente positivas, lo cierto es que la redacción actual genera ciertas dudas interpretativas que, quizás, requerirían de una depuración.

En lo relativo a la ampliación de los supuestos de acogimiento, el art. 45.1d) TRET se refiere al permanente, al preadoptivo y al *simple*, según lo que disponga el CC o la regulación autonómica existente<sup>116</sup>. La inclusión del acogimiento simple había sido reclamada por un sector de la doctrina, por entender – con razón – que siendo transitorio podía extenderse en el tiempo y el menor y los acogedores también necesitan tiempo para su adaptación<sup>117</sup>. La suspensión en estos supuestos está condicionada a que la duración del acogimiento simple sea superior a un año (art. 45.1.d) TRET)<sup>118</sup>. Por otra parte, conviene tener presente que el trabajador no podrá acudir al art. 46.3 TRET para suspender la relación de trabajo en los supuestos de acogimiento simple que tenga una duración inferior a un año, pues, no están contemplados en dicho precepto.

Es claro que al imponerse el requisito de duración mínima se ha tratado de restringir este derecho, por considerarse – entendemos - que se trata de situaciones provisionales o transitorias que pueden repetirse con cierta periodicidad, lo que acabaría repercutiendo negativamente en la Seguridad Social y en la organización productiva. Por este motivo, sólo son merecedoras de protección las situaciones que tienen una cierta duración.

Sin embargo, lo cierto es que de la exigencia de este requisito pueden identificarse algunos inconvenientes para la efectiva aplicación de este supuesto suspensivo. Si se trata de una situación provisional o transitoria, en principio, debe entenderse que su duración no se va a poder determinar anticipadamente. Por consiguiente, es lógico pensar que, tal y como está redactada la norma, sólo podrá reconocerse cuando efectivamente se verifique el transcurso del primer año. Lo que significa que, durante este primer período de tiempo – probablemente el más importante para el acogido – la protección que se pretende no va a poderse llevar a cabo (solución claramente inadecuada)<sup>119</sup>. Paralelamente, evidenciando una cierta descoordinación, el art. 48.4.4º TRET establece que “dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del

---

<sup>116</sup> En cuanto a la diferenciación entre el acogimiento temporal, permanente y preadoptivo en el Derecho común, *vid.* art. 173.bis CC.

<sup>117</sup> **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA.** *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, *op. cit.* (versión digital). Mostrando, en cambio, ciertas reticencias al respecto, **ALBIOL MONTESINOS.** *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, op. cit.*, p. 85.

<sup>118</sup> De todos modos, la redacción del art. 45.1.d) TRET resulta un poco confusa, pues, se habla de la posibilidad de que los acogimientos simples puedan ser provisionales o permanentes. No obstante, debe entenderse que dicho carácter provisional se sobreentiende en el acogimiento simple y que, por lo tanto, la naturaleza provisional o permanente sólo se refiere al acogimiento permanente o preadoptivo.

<sup>119</sup> Piénsese que, si se aceptara esta interpretación, en una situación de acogimiento simple que, por ejemplo, acabe durando 13 meses, el trabajador sólo tendrá derecho a la suspensión durante el último mes. Sin posibilidad que, en tal caso, pueda extenderse hasta agotar las dieciséis semanas.

trabajador, bien a partir (...) de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo”, sin hacer referencia al citado período.

Como solución al problema descrito (y en aras a proteger el interés del acogido), podría optarse por permitir la suspensión desde un principio, sin necesidad de esperar a que transcurra el citado período de un año; o bien, dar por válido el período de tiempo que, en previsión, pudiera fijarse en la resolución administrativa o judicial que declara el acogimiento simple. Sin embargo, esta solución podría dar pie a nuevos problemas, pues, si por el motivo que fuere, el acogimiento no alcanzara la duración legalmente estipulada, la suspensión carecería del motivo suficiente para justificarla. Por lo que, en tal caso, el empresario, en principio, podría considerar que se ha producido un abandono del trabajador o bien cabría entender que estaría facultado para resolver el contrato por faltas repetidas de asistencia. Teniendo en cuenta lo expuesto, lo cierto es que, quizás, lo más conveniente sería que, admitida la suspensión desde un inicio, también se previeran las consecuencias que podrían derivarse en el caso de no alcanzar dicha duración.

Por otra parte, la redacción del nuevo art. 45.1.d) TRET también presenta algunas dudas interpretativas en relación al acogimiento permanente y preadoptivo. En efecto, de la literalidad del precepto podría inferirse que se ha impuesto un nuevo requisito para el reconocimiento del derecho a la suspensión en estos supuestos. La expresión “siempre que su duración no sea inferior a un año”, puede dar a entender que no sólo se refiere al acogimiento simple, sino que lo hace al acogimiento sin más (y, por lo tanto, también al permanente y al preadoptivo). Así pues, de la redacción de la norma podría deducirse que la suspensión está condicionada a la verificación de un elemento fáctico: que efectivamente la duración del acogimiento no sea inferior a un año. Sin embargo, una interpretación conjunta del TRET y del TRLGSS permite esclarecer el sentido de la norma. En efecto, la nueva redacción de los arts. 133.bis y 133.octies TRLGSS afirman que “el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año”.

La suspensión por maternidad adoptiva se extiende a los menores “de seis años”, o bien a los menores mayores de seis años si son discapacitados<sup>120</sup> “o” que por circunstancias y

---

<sup>120</sup> La redacción del art. 45.1.d) TRET ha omitido la referencia a los menores “minusválidos” (como se preveía en el art. 48.4.4º TRET). Según el art. 2.2.3º Decreto 1251/2001 “se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Decreto 1971/1999, 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía”. De nuevo, se suscita la duda respecto a la posibilidad de suspender el contrato en aquellas situaciones en las que el menor no alcance dicho grado de minusvalía o simplemente no se haya cumplido el procedimiento administrativo que la reconozca. Para VIQUEIRA PÉREZ, pese a que sería deseable una interpretación flexible que permitiera la suspensión en los supuestos en los que el menor no alcanzara dicho porcentaje, parece que debe descartarse por cuanto que la Exposición de Motivos del Decreto 1251/2001 afirma que no sólo pretende la reordenación de determinadas prestaciones económicas del sistema (maternidad, riesgo

experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar (art. 45.1.d TRET). En este sentido, pese a que se han introducido ciertas modificaciones que mejoran la redacción, como en lo relativo a la edad, también hubiera sido deseable que se hubieran vertido los esfuerzos por clarificar otros aspectos del precepto que suscitan ciertos conflictos interpretativos denunciados por la doctrina. En primer lugar, puede afirmarse que la LOI ha acabado con la disparidad de criterios que se derivaban de los arts. 45 y 48.4 TRET en lo relativo a la edad<sup>121</sup>. Al respecto la doctrina no era pacífica. Para un sector, en virtud del antiguo art. 48.4.4º TRET era posible acceder a la suspensión por la adopción de un menor que no hubiera cumplido 7 años<sup>122</sup>. En cambio, otros autores eran partidarios de entender que el precepto era aplicable a los menores que no hubieran cumplido los seis años, pues, el art. 48.4.4º TRET se refería a los menores mayores de seis años<sup>123</sup>. Criterio, este último, por el que parece decantarse la redacción actual, pues, el art. 45.1.d) TRET distingue entre los “menores de seis años” y los “menores de edad que sean mayores de seis años”.

En segundo lugar, la norma no ha mejorado la redacción precedente respecto de los menores mayores de seis años manteniéndose los conflictos interpretativos que existían con anterioridad a la reforma. En este sentido, a pesar de su ambigüedad, debe entenderse que el art. 45.1.d) TRET se refiere a dos supuestos diferenciados: la adopción o acogimiento de un menor mayor de seis años discapacitado y la adopción o acogimiento de un menor mayor de seis años que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, presente dificultades de inserción social y familiar<sup>124</sup>.

Por otra parte, al reforma no se ha hecho eco de la crítica de un sector de la doctrina que denunciaba la falta de precisión del precepto, pues, de la literalidad parece desprenderse que la exigencia de la acreditación por parte de los servicios sociales tan sólo es exigible en los casos de dificultades de inserción motivadas por provenir del extranjero o por las

---

durante el embarazo), sino que tiene también por objeto cumplir el “desarrollo reglamentario parcial de la Ley 39/1999. VIQUEIRA PÉREZ. *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 5 y 6.

<sup>121</sup> Recuérdese que el art. 45.1.d) TRET hablaba de “menores de seis años”; y el art. 48.4.4º TRET se refería a los “menores de hasta seis años”.

<sup>122</sup> VIQUEIRA PÉREZ. *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 4. Edad que, como apunta la citada autora, deberá tenerse en cuenta “en el momento en el que se constituye la adopción, pues no antes puede hablarse de menor adoptado” (p. 4).

<sup>123</sup> SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 847.

<sup>124</sup> VIQUEIRA PÉREZ. *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 4 y 5. La posibilidad de disfrutar del período de suspensión por maternidad en los supuestos de adopción de un menor mayor de seis años cuando se halle en circunstancias especiales de inserción social y familiar debe interpretarse conforme a lo previsto en el art. 175.1 CC: el menor adoptado no puede estar emancipado y el adoptante debe 25 años y tener 14 años más que el adoptado. En tanto que cabe la posibilidad de adoptar un mayor de edad o de un menor emancipado siempre que existiera una situación de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiese cumplido los 14 años (art. 175.2 CC), el derecho a la suspensión sólo se reconocería si se tratase de un minusválido o discapacitado, o bien de un extranjero o persona con especiales circunstancias personales. RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 113.

circunstancias y experiencias personales, no así respecto de los discapacitados<sup>125</sup>. Quizás se ha preferido no modificar este aspecto por considerar que quedaba lo suficientemente aclarado con lo previsto en el apartado b) del art. 13.2.4º Decreto 1251/2001<sup>126</sup>.

En cuanto a la duración, acogiendo las reclamaciones de un sector de la doctrina<sup>127</sup>, se ha previsto la posibilidad de extender el período dos semanas más en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años múltiple (art. 48.4.6º TRET). Además, también se ha ampliado para los supuestos que el adoptado o acogido tenga la condición de discapacitado (art. 48.4.9º TRET). Produciéndose de este modo la plena equiparación entre la maternidad biológica y la adoptiva.

En cuanto a las condiciones de ejercicio, la titularidad del derecho corresponde indistintamente a cualquiera de los adoptantes siempre y cuando sean trabajadores<sup>128</sup>; pudiendo disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre por períodos ininterrumpidos y respetando los límites legales (art. 48.4.7º TRET). De todos modos, como había reclamado la doctrina<sup>129</sup>, hubiera sido deseable que se hubieran previsto mecanismos dirigidos a solventar las posibles discrepancias entre los progenitores.

Por otra parte, como ya había apuntado la doctrina<sup>130</sup>, no es posible que para un mismo sujeto se disfruten sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción (art. 48.4.6º TRET).

Finalmente, en los supuestos de adopción internacional, siempre y cuando el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado sea necesario, el período de suspensión puede iniciarse cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (art. 48.4.11º TRET)<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 101.

<sup>126</sup> “Cuando se trate de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años, certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva, de que el adoptado o acogido presenta un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, o de la Entidad Pública, competente en materia de protección de menores, de que aquél, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social o familiar”.

<sup>127</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 155. Un supuesto en el que se deniega la ampliación del período de suspensión en un caso de adopción múltiple (adopción de 4 hermanos, de los cuales 3 son mayores de seis años), STSJ Madrid 8 de octubre 2002 (JUR 2003\23393).

<sup>128</sup> Extensamente al respecto, **VIQUEIRA PÉREZ**. *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit. (versión digital), p. 6 y 7.

<sup>129</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital).

<sup>130</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital).

<sup>131</sup> Ahora bien, en tanto que resulta sumamente difícil determinar con precisión en qué momento se puede producir la resolución que constituye la adopción en un país extranjero, es posible que el cálculo de las cuatro semanas se quede corto. En tal caso, cabría entender que la suspensión debe prolongarse pese al agotamiento de dicho período. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital).

Por otra parte, la adopción internacional, a efectos del derecho a disfrute de descanso materno con percepción de la prestación social de maternidad, se constituye “cuando ha finalizado la fase administrativo-judicial en España con

### 1.2.1.2.3.- La suspensión por maternidad a tiempo parcial.

Como es bien sabido, la Ley 39/1999 introduce la novedad de permitir el disfrute del período de suspensión por maternidad y paternidad, sucesiva o simultáneamente, en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 48.4.10º TRET). Esto es, se trata de una *suspensión por maternidad a tiempo parcial* y no de una reducción de la jornada<sup>132</sup>. Lo que claramente supone una mejora considerable respecto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, una medida de protección del empleo sumamente interesante y un argumento de peso para sostener su categorización como excesiva onerosidad sobrevenida.

Precepto desarrollado por la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001, a pesar del silencio del art. 48.4.10º TRET, el Decreto realiza una llamada al juego de la negociación colectiva a fin de concretar su regulación<sup>133</sup>.

Pese a que la decisión de disfrutar de la suspensión a tiempo parcial o a jornada completa es una decisión que corresponde al trabajador, su efectiva puesta en práctica está condicionada *imprescindiblemente* al acuerdo individual con el empresario<sup>134</sup>. Por lo que, a falta de pacto – y parece que el empresario puede oponerse sin necesidad de ampararse en causa alguna, como se exige en el art. 37.5.3º TRET –, la suspensión debe realizarse a tiempo completo<sup>135</sup>. Conforme a la redacción anterior, el trabajador no tenía reconocida la posibilidad

---

intervención de la Comisión de Tutela, Juzgado de Familia y, expedición de certificado de convivencia, por ser ésta la fecha, en que jurídicamente se perfecciona el contacto y convivencia de la madre con su hijo” y no mediante la resolución judicial autorizante del Tribunal del Estado Extranjero. STS 9 de diciembre 2002 (RJ 2003\1946)

<sup>132</sup> Una dura crítica a esta novedad legislativa desde la perspectiva de la técnica jurídica en, **MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 96.

<sup>133</sup> Apartado 1º D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001. Una crítica a este olvido de la Ley 39/1999, **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a 'tiempo parcial'*, op. cit., p. 14.

<sup>134</sup> Art. 48.4.10º TRET y apartado 2º D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001. No obstante, conviene tener presente que de la redacción del art. 48.4.10º TRET parece desprenderse que el acuerdo debe alcanzarse entre la madre, el padre y el o los empresarios de ambos. En cambio, el Decreto circunscribe al acuerdo al empresario y trabajador afectado. Para **VIQUEIRA PÉREZ**, debe entenderse que el art. 48.4.10º TRET “únicamente enuncia la necesidad de que exista acuerdo entre las partes implicadas (trabajadores y empresarios) y que encomienda al desarrollo reglamentario la concreción de en qué haya de consistir dicho acuerdo, incluida la exacta delimitación de las partes que hayan de intervenir en el mismo”. De tal modo que, la norma reglamentaria no desborda los límites del art. 48.4.10º TRET, por lo que debe entenderse que las partes del acuerdo son sólo el empresario y el trabajador afectado. **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a 'tiempo parcial'*, op. cit., p. 18.

Conforme al art. 3.c) de la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001, “Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor”. Precepto que no debe interpretarse en el sentido de que sólo en estas circunstancias cabe el acuerdo, sino que en tales casos, el trabajador puede imponer el inicio de una nueva negociación (pero no su contenido). En términos similares, **VIQUEIRA PÉREZ**, op. cit., p. 28. En este sentido, es positivo que se haya previsto un mecanismo para resolver las discrepancias (D. Ad. 17ª TRET), especialmente, si se tiene en cuenta que la salud de la madre o del menor pueden hallarse afectadas.

<sup>135</sup> Lo que ha motivado la crítica de la doctrina, pues, parece que se prima el interés empresarial al que pretendidamente persigue la norma de conciliación de la vida familiar con el trabajo. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, op. cit., p. 243. No parece que la negociación colectiva pueda obviar la necesidad de llegar a un acuerdo. En cuanto a los requisitos de tiempo y forma precisos para alcanzar el acuerdo, el apartado 2.2º de la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001, establece que “el acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior”, entendiéndose que, ante el silencio de la

de reaccionar procesalmente frente a la negativa del empresario, ni tampoco tenía la posibilidad de forzar el acuerdo. Sin embargo, la LOI ha dado solución a esta situación, incluyendo la D. Ad. 17ª en el TRET, en virtud de la cual, “las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral”.

En cuanto al contenido del acuerdo, cabe la posibilidad de pactar una parte del período de suspensión a jornada completa y otro a tiempo parcial<sup>136</sup>, por la madre exclusivamente, o bien, en régimen de reparto, sucesiva o simultáneamente<sup>137</sup>. Como premisa de partida, debe tenerse en cuenta que, pese a la literalidad del art. 48.4.10º TRET (“los períodos a los que se refiere el presente apartado”), debe entenderse que esta posibilidad no es extendible al período de seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto de la madre<sup>138</sup>.

En cuanto al período de suspensión disfrutado a tiempo parcial, de la literalidad del precepto parece admisible no sólo que se pacte una reducción de la jornada ordinaria diaria, sino que también el trabajador alterne días completos de trabajo con días completos de suspensión. La sujeción de la suspensión parcial a la existencia de un acuerdo<sup>139</sup> y la interpretación flexible de los órganos jurisdiccionales respecto de la expresión “jornada

---

norma, puede perfeccionarse por escrito o de palabra, sin que en principio pueda admitirse su carácter implícito. *Vid.* al respecto, **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’*, *op. cit.*, p. 15 a 19.

<sup>136</sup> Para VIQUEIRA PÉREZ, la determinación del período de vigencia de la suspensión a tiempo parcial y/o tiempo completo forma parte del contenido esencial del acuerdo. **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>137</sup> Apartado 3.a) de la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001. Circunstancia que debe entenderse que no queda condicionada a la existencia de un acuerdo con el empresario. Por otra parte, la validez del reparto está condicionado al respeto del carácter ininterrumpido de los períodos y que la suma de ambos no supere las dieciséis semanas.

<sup>138</sup> Extremo que matiza el apartado 3.a).2º de la D. Ad. 1ª del Decreto 1251/2001. La doctrina, con anterioridad a la entrada en vigor del citado Decreto, ya se había manifestado al respecto. **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, *op. cit.* (versión digital). En contra de este criterio, **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 154.

Según **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ** también debe impedirse en los supuestos en los que la reincorporación suponga un riesgo para la salud de la madre. **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>139</sup> Para VIQUEIRA PÉREZ, la referencia a la “jornada” sin más y no a la jornada diaria corrobora la admisibilidad de esta segunda opción. Lo que a la postre podría derivar en situaciones que contradigan el espíritu y finalidad de la norma (prolongación excesiva del arco temporal en el que se desarrolla la suspensión), en función de la modalidad escogida, por lo que sería deseable que la norma hubiera establecido algún tipo de límite para impedir estas situaciones. En cuanto al carácter ininterrumpido, afirma que debe entenderse en el sentido de que “el acuerdo habrá de establecer la distribución del tiempo de trabajo y el tiempo de suspensión, y habrá de establecer el período en el que de modo *continuado, ininterrumpidamente*, se aplicará este régimen”. **VIQUEIRA PÉREZ**. *El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’*, *op. cit.*, p. 19 a 22, 26 y 27; e *Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo*, *op. cit.* (versión digital), p. 20 y 21.

ordinaria”, *ex* apartados 6 del 37 TRET<sup>140</sup> contribuyen a pensar que sí es posible, aunque con ello se oponga la exigencia de que su disfrute sea ininterrumpido, *ex* art. 48.4 TRET<sup>141</sup>.

#### ***1.2.1.2.4.- Negociación colectiva y suspensión de la relación de trabajo por maternidad.***

El tratamiento de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad en la negociación colectiva (consultada), más allá de la reproducción del contenido del art. 48.4 TRET – en ocasiones, literal <sup>142</sup> o bien de su remisión al dicho precepto estatutario<sup>143</sup>, puede afirmarse que es testimonial.

Como excepción a esta práctica, en algún convenio colectivo se establece la posibilidad de suspender el contrato por adopción o acogimiento de un menor mayor de 6 años no discapacitado ni con problemas de inserción social o familiar<sup>144</sup>. Y, en ocasiones, se amplía el período de duración de la suspensión<sup>145</sup>; o bien, en los supuestos de adopción internacional se incrementa el período de suspensión antes de la resolución por la que se constituye la adopción<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> En un primer momento, la expresión “jornada ordinaria”, *ex* art. 37.6 TRET, se entiende “sólo como tiempo de duración del trabajo diario” y no a la “a la jornada anual ni a otra distinta que la de cada día”. STSJ Cataluña 14 de diciembre 1999 (AS 3976). Aunque se ha procedido a una interpretación flexible de este planteamiento, admitiéndose la reducción de jornada de lunes a viernes, manteniendo la jornada de los sábados. STSJ Cataluña 21 de marzo 2003 (JUR 130268).

<sup>141</sup> Admitiendo también esta posibilidad, **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 244. En cambio, en contra de este criterio, **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 850.

<sup>142</sup> CCOL – Murcia - Personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia (BO. Región de Murcia 20 de mayo 2006, LRM 210); CCOL – Sevilla - Industrias de Panaderías y Expendedurías de Pan (BO. Sevilla 27 de mayo 2006, LEG 2444); CCOL – Estatal - Industria Fotográfica (BOE 6 de junio 2006, RCL 1147); CCOL – Estatal - Administraciones de Loterías (BOE 19 de junio 2006, RCL 1148); CCOL – Com. Madrid - Confección de Guantes de Piel y Similares (BOCM 30 de mayo 2006, LCM 274); CCOL – Estatal - Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26 de abril 2006, RCL 866); CCOL – Estatal – AENA, BOE 18 de abril 2006, RCL 809); CCOL – Castellón - Marroquinería y afines (DOGV 21 de abril 2006, LEG 2873); CCOL – Ourense - comercio de materiales para la construcción y saneamiento (BO. Ourense 15 de marzo 2006, LEG 4450); CCOL – Estatal - Aparcamientos y Garajes (BOE 8 de febrero 2006, RCL 247); CCOL – Barcelona - fabricantes de galletas (DOGC 4 de abril 2006, LCAT 265); CCOL – Palencia – Comercio del Metal (BO. Palencia 25 de enero 2006, LEG 1351); CCOL – Estatal - Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 18 de enero 2006, RCL 91); CCOL – Estatal - Industria de Calzado (BOE 7 de octubre 2005, RCL 1998); CCOL – Barcelona - comercio textil (DOGC 3 de octubre 2005, LCAT 616); CCOL – Estatal - Sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE 15 de septiembre 2005, RCL 1828); CCOL – Valencia - Sector de Limpieza de Edificios y Locales (BO. Valencia 29 de septiembre 2005, LEG 3889).

<sup>143</sup> CCOL – Murcia - Oficinas y Despachos (BO. Región de Murcia 8 de mayo 2006, LRM 190); y CCOL – Estatal - Grandes Almacenes (BOE 27 de abril 2006, RCL 873); CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913); CCOL – Estatal - sociedades cooperativas de crédito (BOE 14 de septiembre 2005, RCL 1821).

<sup>144</sup> Hasta 8 años (CCOL – Almería - Comercio Textil, BO. 25 de mayo 2006, LEG 4536; y CCOL – Málaga - Comercio y Manufactura Vidrio Plano, BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159).

<sup>145</sup> 17 semanas – maternidad biológica y adoptiva (CCOL – Asturias - sector de Industrias del Metal, BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); 19 semanas – maternidad biológica (CCOL – Bizcaia - Sector de Intervención Social, BO. Bizcaia 26 de mayo 2006, LEG 2646)..

<sup>146</sup> 8 semanas (CCOL – Asturias - sector de Industrias del Metal, BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226). El art. 42 CCOL – Bizcaia - Sector de Intervención Social (BO. Bizcaia 26 de mayo 2006, LEG 2646) establece que “en el



Son pocos los convenios colectivos que hacen referencia a la forma de ejercicio del derecho. No obstante, en algún caso se establecen normas que desarrollan de un modo detallado la cesión del derecho a favor del padre<sup>147</sup>; o bien, la posibilidad de la madre de revocar la suspensión en favor del padre<sup>148</sup>.

### ***1.2.1.3.- La suspensión de la relación de trabajo por paternidad.***

Dando respuesta a lo que la doctrina venía reclamando desde hacia ya algún tiempo<sup>149</sup>, recogiendo el sentir de la sociedad, la LOI ha reconocido un derecho autónomo del padre a la suspensión de la relación de trabajo durante un período de 13 días ininterrumpidos, ampliable en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo (arts. 45.1.d y 48.bis TRET). Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento.

Se trata de un derecho diferenciado del que pudiera corresponderle al padre en los supuestos de maternidad biológica en virtud de la decisión de la madre (*suspensión por paternidad derivada*); o bien, del que los progenitores se hubieran querido repartir en los supuesto de adopción o acogimiento. En este sentido, el apartado 1º del art. 48.bis TRET hace una

---

caso de adopción internacional se concederá un permiso adicional no retribuido por el tiempo que fuera necesario por exigencia del país de origen del adoptado/a siempre que pueda justificarse debidamente y tras haber comunicado con la suficiente antelación la eventualidad de la situación”.

<sup>147</sup> Un ejemplo paradigmático lo constituye el CCOL – Asturias - Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. Asturias 26 de agosto 2005, LPAS 238), pues, el art. 28 establece que “En el caso del personal masculino de la Administración del Principado de Asturias, siempre que solicitaran, al menos, el disfrute de un período de quince días de la baja de maternidad, la Administración del Principado de Asturias les otorgará el derecho a una semana de permiso retribuido que se añadirá al período solicitado a la Seguridad Social por el padre, y que deberá ser disfrutado con el anterior de modo ininterrumpido. Si el permiso solicitado fuese superior a un mes natural, la Administración del Principado de Asturias otorgará dos semanas. Si la licencia por maternidad/paternidad se compartiese al 50% entre la madre y el padre, el número de semanas que se otorgarían por parte de la Administración del Principado de Asturias sería de 3. En el caso del personal femenino de la Administración del Principado de Asturias, tendría el derecho a similares períodos de permiso y en las mismas condiciones, siempre que cediera una parte de la licencia por maternidad a favor del padre. En el caso de que ambas personas progenitoras trabajasen en la Administración Autonómica sólo una de ellas podrá solicitar y disfrutar los permisos aquí recogidos. Los permisos recogidos en este apartado D) serán aplicables a los supuestos de adopción y acogimiento. La incorporación al trabajo deberá producirse cuando concluya el período fijado para la suspensión”.

<sup>148</sup> El art. 49.3 CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424) establece que “la opción ejercida por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad, en favor del padre, a fin de que éste goce de una parte del permiso, puede ser revocada por la madre si acontecen hechos que hacen inviable la aplicación de esta opción, como pueden ser la ausencia, la enfermedad, el accidente del padre, el abandono de la familia, la violencia u otras causas equivalentes, salvo que estos 3 últimos casos sean imputables a la madre”.

<sup>149</sup> **CAVAS MARTÍNEZ.** *Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, op. cit. (versión digital). Compartiendo esta crítica, **MORENO GONZÁLEZ-ALLER.** *Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre*, op. cit. (versión digital); y **MELLA MÉNDEZ.** *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, op. cit. (versión digital).

distinción en función de estas dos situaciones. Si se trata de un supuesto de maternidad biológica, el derecho el corresponde al otro progenitor. En los supuestos de adopción y acogimiento el derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores a elección de los interesados. A no ser que el período de descanso se hubiera asignado en su totalidad a uno de ellos, pues, en tal caso, se otorgará al otro. En este sentido, quizás hubiera sido adecuado que la norma hubiera previsto normas que facilitaran la canalización de las discrepancias que pudieran surgir entre los progenitores.

Como se ha indicado, el período de disfrute es de 13 días, ampliable sólo en el supuesto de que el parto, la adopción o el acogimiento sea múltiple, pero no cuando el hijo tenga alguna discapacidad<sup>150</sup>. En cuanto al momento de disfrute de este derecho, el párrafo 2º del art. 48.bis TRET permite su disfrute simultáneamente a la suspensión de la relación de trabajo por maternidad o bien de forma sucesiva una vez finalizada ésta (siempre que se haga “inmediatamente después” – art. 48.bis.3º TRET). Quizás hubiera sido conveniente que también se hubiera previsto la posibilidad de su ejercicio con anterioridad al parto.

Si se disfruta durante el período de suspensión por maternidad, deberá realizarse con posterioridad al permiso por nacimiento de hijo, o bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Por otra parte, al igual que la suspensión por maternidad, se reconoce la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial (art. 48.bis.4º TRET), siempre y cuando lo asienta el empresario y la reducción de la jornada sea como mínimo del 50 %. Regulación cuya concreción se supedita a su posterior desarrollo reglamentario.

Finalmente, en cuanto a la delimitación de su ejercicio, el trabajador está obligado a informar al empresario de su decisión de ejercer este derecho. No obstante, la precisión de esta obligación queda remitida a lo que se prevea en la negociación colectiva (art. 48.bis.5º TRET).

#### ***1.2.1.4.- Valoración (crítica) de la reforma operada por la LO 3/2007.***

La reforma operada por la LOI debe valorarse, sin duda, en términos claramente positivos. Si bien es cierto que no es fácil modificar ciertas dinámicas, hábitos o conductas sociales a “golpe de Ley”, especialmente, si se tienen que remover los cimientos de una sociedad en la que tradicionalmente la mujer ha permanecido - por decirlo de algún modo - *en un segundo plano*, monopolizando o, mejor dicho, imputándosele en exclusiva el cuidado de la familia, el intento de establecer las condiciones efectivas para posibilitar un reparto más equitativo de las cargas familiares y de evitar el riesgo a que su carrera profesional quede

---

<sup>150</sup> Aunque la propia Ley asume el compromiso de ampliar este período hasta 4 semanas. D.T 9ª LOI.

hipotecada o sustancialmente sesgada, debe valorarse de un modo extraordinariamente positivo.

En este sentido, la creación de la “suspensión por paternidad” y el fortalecimiento del derecho del padre a la “suspensión por paternidad derivada” pueden interpretarse como una “invitación” para que los progenitores varones se “acerquen” – de una vez por todas - al “fenómeno” de la maternidad, asumiendo la responsabilidad que conlleva y, por qué no, el riesgo a sacrificar o (postergar) la progresión de su carrera profesional.

De todos modos, sin pretender reiterar en este momento las deficiencias que ya han sido apuntadas, cabe oponer algunas objeciones a la regulación actual. Por un lado, al margen de ciertos aspectos que, quizás, precisarían de una delimitación más precisa en el redactado, no se alcanza a comprender el motivo por el que sigue sin darse una respuesta explícita a algunas situaciones como, por ejemplo, la interrupción del embarazo.

Por otro lado, en la regulación de este supuesto suspensivo sigue destilándose una cierta rémora de las concepciones del pasado, traduciéndose en la predeterminación del rol que deben asumir los progenitores, lo que dificulta que puedan alcanzarse las condiciones de igualdad efectiva en el reparto de las cargas familiares. En este sentido, la terminología empleada por la propia norma es un síntoma muy significativo, cargado de connotaciones sexistas (probablemente consecuencia de la propia evolución de la institución y su progresiva “ampliación de su conceptualización” – sin que con ello pretendamos justificarlo, ni mucho menos). El empleo de los términos suspensión por “maternidad” y por “paternidad”, al margen de su absoluta falta de adecuación a la luz del nuevo régimen jurídico del matrimonio, no son los términos más adecuados para garantizar la efectiva igualdad entre mujeres y hombres como preconiza la propia LOI, pues, implícitamente se está predeterminando el papel que atañe a cada individuo de la pareja. También resulta ciertamente criticable, desde esta perspectiva terminológica, que la norma no haya calificado con un término “neutro” – libre de cualquier connotación – al período suspensivo disfrutable indistintamente por ambos progenitores; especialmente, cuando es pacífico que este supuesto suspensivo ya no se refiere en exclusiva al restablecimiento de la salud de la madre y del hijo tras el parto.

En este sentido, al margen del uso coloquial que se pueda dar a las palabras, la labor del Legislador ha sido claramente insuficiente, debiéndose exigir un mayor esfuerzo para hallar los términos precisos para definir adecuadamente las situaciones a las que se está haciendo referencia. Debiéndose entender que con la reciente reforma se ha perdido una oportunidad excelente para proceder a esta necesaria tarea de precisión terminológica.

Por otra parte, este período de 10 semanas (en caso de nacimiento) o el de 16 (en caso de adopción o acogimiento) deberían recibir una denominación desvinculada de toda

connotación que los adscriba a la esfera de responsabilidad materna. Así, a diferencia de la denominaciones propuestas (“*suspensión por maternidad*” - período puerperal obligatorio, seis semanas - y de la “*suspensión por nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo*” - 13 días para el otro progenitor), en tanto que se trata de unos períodos que podrían ser disfrutados indistintamente por ambos progenitores, previo acuerdo, podrían denominarse: “*suspensión por nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo*”.

Si la regulación se configurara en estos términos o, asumiera una orientación similar, podría entenderse que el ordenamiento jurídico-laboral promueve efectivamente la igualdad entre mujeres y hombres.

## 1.2.2.- Suspensión de la relación de trabajo por cuidado de familiares.

### 1.2.2.1.- Definición y breve exposición de su fundamentación dogmática.

El art. 46.3 TRET reconoce el derecho del trabajador a solicitar una “excedencia” para atender al cuidado de determinados familiares, en concreto, para cuidar a sus hijos y a determinados familiares<sup>151</sup>. Tratándose de uno de los supuestos ya anunciados en los que, quizás, sería más adecuado hablar de un supuesto de “suspensión de la relación de trabajo” en vez de “excedencia”. Como se ha expuesto con anterioridad, la distinción conceptual entre la suspensión y la excedencia es una cuestión sumamente discutida, y la acción legislativa no ha contribuido a clarificarla en exceso.

Desde una perspectiva de los efectos jurídicos<sup>152</sup>, se desprende que lo que art. 46.3 TRET califica como una “excedencia” se trata, en puridad, de una “suspensión” del contrato, pues, el párrafo 5º del art. 46.3 TRET describe los efectos jurídicos propios de esta institución jurídica - aunque con algún matiz, como se verá a continuación<sup>153</sup>: primero, todo el período de inactividad computa a efectos de la antigüedad; y, segundo, si la suspensión tiene una duración de un año se produce una reserva del puesto de trabajo<sup>154</sup>. Sólo en el caso de cuidado de un

---

<sup>151</sup> Un estudio exhaustivo de la evolución normativa de estos supuestos suspensivos en, **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 223 a 227; **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 172 a 176; y **TORTUERO PLAZA**. *Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica 'versus' institución jurídica*. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994, p. 265 a 268.

<sup>152</sup> Atendiendo a los efectos jurídicos de la institución, el período de inactividad computa a efectos de la antigüedad (STS 28 de junio 2002, RJ 9080). En cuanto a la reserva del puesto de trabajo, si el período de suspensión es inferior a un año, el trabajador tiene derecho a una reserva de su puesto de trabajo. Reserva que, en cambio, queda referida al mismo grupo profesional o categoría equivalente, en los supuestos de cuidado de hijos en los que la inactividad supere el año. Siguiendo la exposición de **ALARCÓN CASTELLANOS**, un sector de la doctrina entiende que la diferencia en función de la duración de la inactividad es más aparente que real, dado que la reserva de puesto de trabajo durante el primer año de suspensión no puede aceptarse porque “ya que esto equivaldría a otorgar al trabajador un derecho de propiedad sobre su puesto de trabajo”, debiéndose entender que la norma le confiere el derecho a ocupar un puesto de trabajo análogo, manteniendo las “mismas condiciones de trabajo e, indudablemente, con la misma categoría profesional y posición que tenía en el momento de producirse la excedencia”. **ALARCÓN CASTELLANOS**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital). Planteamientos que no pueden aceptarse porque la expresión “reserva de puesto de trabajo” se refiere precisamente al reconocimiento de la posibilidad de ocupar de nuevo su puesto de trabajo. Por otra parte, de admitirse debería extenderse a todos los supuestos en los que la ley reconoce el derecho a la reserva de puesto de trabajo. Por otra parte, para **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ** las “expresiones ‘reserva de su puesto de trabajo’ y ‘reserva a un puesto de trabajo del grupo o categoría profesional equivalente’ tienen el mismo significado y contenido, siendo más correcta – por ser más exacta – la terminología empleada para referirse al resto del período de excedencia que sobrepasa el año de duración”. **MARÍN ALONSO** y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 189. En términos similares, **ESCUDERO RODRÍGUEZ** y **MERCARDER UGUINA**. *La nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo*. RL 1995 – I, p. 1223. Criterio que no puede mantenerse, pues, si bien es cierto que el trabajador mantiene un derecho de reserva (y no una mera expectativa) sí existen diferencias sustanciales entre el mantenimiento de su puesto de trabajo, con el mantenimiento de un puesto en el mismo grupo o categoría profesional, aunque el empresario esté facultado para alterar ciertos aspectos del contrato (siempre que concurren las circunstancias que le habilitan para ello).

<sup>153</sup> Compartiendo este planteamiento, **MÁRQUEZ PRIETO**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 570 y ss.

<sup>154</sup> La STS 14 de noviembre 2002 (RJ 2003\3043) ha declarado que “tal como está regulada en el art. 46.3 TRET, el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo se equipara prácticamente a efectos jurídico-laborales a la suspensión del contrato de trabajo, la cual se caracteriza por la reserva del puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y por la exoneración de las obligaciones contractuales básicas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2. ET)”. Criterio recogido por la jurisprudencia posterior, STS 15 de diciembre 2003 (RJ 2004\1971).

hijo y la inactividad se prolongue durante un período de tiempo superior a un año, la reserva del puesto de trabajo se amplía, refiriéndose al mismo grupo profesional o a categoría equivalente. Matiz que no desvirtúa la calificación de la institución como una suspensión, porque, se reconoce algo más que una mera expectativa, pues, no deja de reconocerse una reserva de puesto de trabajo<sup>155</sup>. Circunstancia que, como se sabe, no concurre en los supuestos de excedencia prototípicos que, como se sabe, sólo concede un *derecho preferente* al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que se produzca en la empresa (art. 46.5 TRET)<sup>156</sup>. Por otra parte, resulta sumamente difícil establecer una distinción conceptual entre la suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por el cuidado de hijos<sup>157</sup>.

---

Y la STS 28 de junio 2002 (RJ 9080) ha reconocido que el período de excedencia para atender al cuidado de hijos que se disfruta al amparo del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe ser reconocido como de antigüedad a los efectos del cómputo de años que dan lugar al premio de antigüedad, establecido en el Convenio Colectivo.

En la doctrina, descartando que ninguna de las dos situaciones previstas en la ley reconocen una verdadera reserva de un puesto de trabajo, **ROJAS RIVERO**. *El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos*. RTS nº 61, 1996, p. 76.

<sup>155</sup> En términos similares, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 188. En cuyo caso, la empresa ha de tomarlo en cuenta y reservar una plaza a la que sea posible adscribir al trabajador suspendido utilizando la movilidad funcional ordinaria. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>156</sup> En este sentido, la STSJ Cataluña 19 de mayo 2005 (AS 2043) ha declarado que “Los efectos de la excedencia para el cuidado de un hijo se distinguen pues claramente de la excedencia voluntaria, que es meramente la de que ‘el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa’. Los efectos de la excedencia para el cuidado de un hijo - y también para el de familiares - se diferencia principalmente de la excedencia voluntaria, fundada en la mera voluntad del trabajador, en que en el primer caso existe una reserva del puesto de trabajo, reserva que en el primer año es la del mismo puesto que venía ocupando y que a partir de entonces hasta el plazo máximo de tres años que puede durar la excedencia por cuidado de hijos - y en el caso de cuidado de familiar si el Convenio Colectivo aplicable ha aumentado el plazo de un año que establece el ET - es la de ‘un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente’. En ambos casos, hay siempre una reserva de puesto de trabajo, se trate del mismo puesto ocupado antes o de uno del mismo grupo o categoría equivalente, de modo que cuando el trabajador excedente pretenda reingresar jamás podrá alegarse que no existe puesto vacante, porque existe la obligación legal de reserva del puesto en los términos indicados”. En términos similares, SSTSJ País Vasco 17 de septiembre 2002 (AS 3318); Aragón 24 de diciembre 2001 (AS 2002\640); y 2 de noviembre 1999 (AS 1999\3685); Comunidad Valenciana 23 de octubre 1998 (AS 4441); Navarra 23 de diciembre 1996 (AS 3949); y Cantabria 14 de marzo 1996 (AS 505). Corroborando esta interpretación la STSJ Cataluña 23 de febrero 2005 (AS 1358), siguiendo la doctrina de la STS 25 de octubre 2000 (RJ 9676), reconoce el derecho al percibo de la indemnización legal prevista en el art. 51.8 TRET de una trabajadora que se encuentra en situación de suspensión por cuidado de un hijo, porque no se trata de un derecho de reingreso ‘expectante’, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes, sino de un derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo. En términos similares, STSJ Cataluña 2 de julio 2004 (AS 2676). Y la STSJ Cataluña 31 de enero 2003 (AS 453), conectora de la doctrina jurisprudencial sentada por la STS 26 de septiembre 2001 (RJ 2002\322) - que considera que el período de tiempo en excedencia forzosa para el desempeño de cargo público no computa para la determinación de la antigüedad a efectos del art. 56.1.a) TRET - entiende que dicho período debe computar a efectos del cálculo de la antigüedad porque “una interpretación contraria a la inclusión del período de excedencia por cuidado de hijos en el cómputo del tiempo a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido no respondería al espíritu de la últimas reformas legislativas ni sería fiel intérprete de la voluntad del legislador”.

<sup>157</sup> En este sentido, para un sector de la doctrina, ambas figuras “constituyen supuestos de suspensión del contrato, y en ambos casos la finalidad que inspira la suspensión es el nacimiento y cuidado de hijos”. Y, lo que separa a estas dos instituciones “es la concreta finalidad perseguida por cada una, más cercana a la salud de la madre que ha dado a luz en un caso y al hijo nacido en el otro: el bien jurídico protegido es en el primer caso el *alumbramiento* (por tanto su finalidad es doble: atender a la salud de la madre en los momentos próximos al parto, especialmente tras el mismo, y, por otro lado, atender a los primeros cuidados y salud del recién nacido), y en el segundo la atención del menor hasta que alcance una determinada edad”. **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 75.

Desde un punto de vista dogmático, al igual que lo analizado en los supuestos de alteración de lo pactado a instancia del trabajador, sólo cabe entender que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida, directamente vinculada a la estabilidad en el empleo y al art. 35 CE<sup>158</sup>, sin obviar, por supuesto, que finalidad de la norma se inserta de manera natural en el ámbito más amplio de los arts. 39.1 y 14 CE y, específicamente, en la tutela del menor<sup>159</sup>.

### ***1.2.2.2.- Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión.***

En cuanto al régimen jurídico, se trata de una facultad reconocida a ambos progenitores, sin distinción por razón de sexo<sup>160</sup>, ni tampoco de la naturaleza del contrato de trabajo<sup>161</sup>. Por otra parte, el ejercicio de este derecho está sujeto a un principio de causalidad. En concreto, el art. 46.3.1º TRET condiciona la suspensión al alumbramiento o adopción de un hijo, así como a la circunstancia de acoger a un menor, de manera permanente o sólo preadoptiva.

Y, el párrafo 2º del art. 46.3 TRET condiciona el ejercicio a la existencia de un familiar “que no pueda valerse por sí mismo”<sup>162</sup>. Expresión que no debe identificarse únicamente con las categorías del Derecho de la Seguridad Social, sino debe entenderse en el un sentido social “indicativo de que se precisa de otras personas para realizar determinadas tareas o gestiones,

---

<sup>158</sup> Como afirma RIVAS VALLEJO, la principal preocupación de este supuesto suspensivo reside en “garantizar la compatibilidad de una actividad profesional con el cuidado de los hijos evitando que su atención y cuidado suponga un grave obstáculo al regreso del trabajador, y especialmente de la mujer, al mercado de trabajo una vez acometido tal objetivo”. RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 230 y 231.

<sup>159</sup> STS 28 de junio 2002 (RJ 9080).

<sup>160</sup> RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 236; y MARÍN ALONSO y GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, op. cit., p. 178.

<sup>161</sup> En tanto que la literalidad del precepto se refiere a “los trabajadores” (párrafo 1), indicando que constituye un ‘derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres’ (párrafo 3), sin que se efectúe distinción alguna sobre la condición de los mismos en atención al carácter temporal o indefinido de la relación laboral, por lo que no cabe distinguir donde la norma no lo hace”. STSJ Castilla y León (Burgos) 2 de noviembre 2004 (AS 349); y Castilla La Mancha 23 de noviembre 1999 (AS 4023); y 23 de octubre 1998 (AS 3968). En la doctrina, defendiendo esta interpretación, RIVAS VALLEJO. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, op. cit., p. 235; y GONZÁLEZ DÍAZ. *El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos*. ASoc nº 3, 2003, versión digital (BIB 2003\516). De todos modos, como sostiene ROJAS RIVERO, en la práctica, existen pocas posibilidades de ejercicio de este derecho de las personas contratadas temporalmente, pues, es habitual que se establezca la no interrupción de la duración cuando concurra alguno de los supuestos del art. 45 y 46 TRET. ROJAS RIVERO. *El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos*, op. cit., p. 70.

<sup>162</sup> Sin embargo, la doctrina judicial ha admitido que la desaparición de la causa que motiva la suspensión de la relación de trabajo (el fallecimiento del sujeto causante) no comporta la terminación del período temporal inicialmente establecido; por lo que si el trabajador no solicita la reincorporación no debe entenderse que ha acaecido una baja voluntaria, especialmente, porque se entiende que el trabajador desconocía tal extremo y, se presume, por tanto, que no ha actuado de mala fe. STSJ Cantabria 29 de noviembre 2001 (AS 4651).

incluso aunque las capacidades psicofísicas no estén mermadas de manera relevante”<sup>163</sup>. Por otra parte, pese que la redacción de la norma pueda inducir a confusión, debe entenderse que la exigencia de que “no desempeñe actividad retribuida”, está referida al sujeto causante y no al trabajador que lo solicita<sup>164</sup>.

En tanto que el párrafo 1º del art. 46.3 TRET, en los casos de nacimiento, limita el ejercicio del derecho a los tres primeros años de edad del menor<sup>165</sup>, la doctrina judicial ha admitido que pueda suspenderse el contrato para el cuidado de un menor de edad superior, no adoptado ni acogido, conforme a lo previsto en el párrafo 2º del art. 46.3 TRET. Pese a que la norma parece estar pensada para el cuidado de personas de edad avanzada, porque “una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo”<sup>166</sup>.

Un aspecto no regulado por la Ley es el relativo a la comunicación del ejercicio de esta facultad. En este sentido, la doctrina apuesta por una notificación por escrito con una antelación razonable<sup>167</sup>. Al igual que en los supuestos de reducción de jornada, el empresario no está facultado para oponerse a la solicitud del trabajador, salvo que se dé una situación de doble disfrute; en cuyo caso, la denegación de la solicitud no es automática, sino que el debe acreditar razones de funcionamiento de la empresa (art. 46.3.3º TRET)<sup>168</sup>. En cuanto a la

---

<sup>163</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 90; y **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital). Por otra parte, como apunta el SEMPERE NAVARRO, “la atención al cuidado ha de entenderse en términos razonables y no estrictos, de manera que no cabe pedir al trabajador una dedicación exclusiva a ese cometido, no siquiera que conviva con el familiar impedido, pero sí que se abstenga de realizar actividades retribuidas alternativas de las que decide suspender”.

<sup>164</sup> *Vid.* al respecto *supra* lo apuntado con ocasión de la reducción de jornada a instancia del trabajador para el cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

<sup>165</sup> Por consiguiente, la excedencia prevista en este artículo no puede ejercerse en el instante que el menor haya cumplido la edad de tres años. **ROJAS RIVERO**. *El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos*, *op. cit.*, p. 71. En cambio, en los supuestos adopción o acogimiento el plazo de tres años debe computarse a partir de la fecha de la resolución judicial o administrativa (párrafo 1º art. 46.3 TRET).

<sup>166</sup> STSJ Navarra 23 de febrero 2006 (AS 988). En la doctrina, defendiendo esta interpretación, y extendiéndola, incluso, no sólo a los que tengan la patria potestad o la tutela del menor sino a cualquier familiar hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>167</sup> **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 811; y **GONZÁLEZ DÍAZ**. *El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>168</sup> “El empresario no puede negarse a la excedencia ni tampoco, lógicamente, puede aplazar el disfrute de la misma, por cuanto su cómputo viene determinado por el nacimiento, la edad, el accidente o la enfermedad del causante y por tanto el derecho de éste comienza en ese mismo momento y no permite dilaciones contrarias a su propia finalidad, que, desde luego no pueden ampararse en posibles defectos formales en la solicitud”. STSJ Madrid 5 de octubre 2005 (AS 2907). En términos similares, SSTSJ Madrid 23 de abril 2003 (AS 3265); 10 de enero 2002 (AS 857); y 27 de septiembre 2000 (AS 4143); y Andalucía (Sevilla) 24 de abril 1998 (AS 2194).



modalidad de su ejercicio, el art. 46.3 TRET, en la redacción dada por la LOI (siguiendo el planteamiento de un sector de la doctrina judicial<sup>169</sup>), admite la posibilidad de que en ambos supuestos se disfrute de forma fraccionada. Por consiguiente, cabe admitir que su disfrute se haga de forma interrumpida; e, incluso, cabe entender la posibilidad de que el trabajador solicite una duración inicialmente más breve y luego ir prolongándola; o bien, sobrevenidamente, decida acortar la inicialmente anunciada. Todo ello, con la sujeción a los límites de la buena fe y el abuso de derecho<sup>170</sup>.

En los supuestos de suspensión por cuidado de un hijo, la duración máxima de la suspensión es de tres años (art. 46.3.1º TRET), sin que el Legislador haya previsto una duración mínima, por lo que queda a opción del solicitante. En cuanto a la duración, conviene tener presente que la suspensión puede solicitarse durante un período de referencia de tres años, cuyo cómputo empieza con el nacimiento, o con la decisión administrativa o judicial que decreta la adopción o el acogimiento (permanente o preadoptivo)<sup>171</sup>. Esto es, la solicitud debe estar obligatoriamente comprendida en el marco temporal de los tres años desde el nacimiento, adopción o acogimiento, pudiendo escoger el trabajador el momento que estime más oportuno<sup>172</sup>. Por tanto, en los supuestos de adopción o acogimiento, el período de referencia

---

No obstante, se ha objetado que, en este sentido, hubiera sido deseable que la ley especificara con mayor detalle la regulación de las razones que pueda utilizar el empresario para conceder la excedencia a un cónyuge sobre el otro”. **GONZÁLEZ DÍAZ**. *El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>169</sup> En efecto, la doctrina judicial había admitido el ejercicio de esta facultad de forma fraccionada pudiendo alargar su disfrute, sin necesidad de preverlo anticipadamente en el momento de la solicitud inicial ni tampoco de solicitar una prórroga. STSJ Cataluña 19 de noviembre 1999 (AS 3966). En concreto, se afirma que no cabe entender que dentro de ese marco temporal máximo, la facultad se ejercite una sola ocasión exclusivamente, porque “si el trabajador tiene derecho a situarse en excedencia voluntaria durante tres años continuados, debe concluirse, ‘a fortiori’ que, dentro de lo menos, puede optar también por que la vigencia de su contrato de trabajo se suspenda por tramos de tiempo inferiores, aunque sean varios y separados, si así lo requieren la atención y cuidado del hijo”. Interpretación que queda corroborada si se atiende al contenido del art. 3.a) Directiva 96/34/CE, 16 de junio, relativa al acuerdo marco sobre permiso parental. STSJ Castilla y León (Burgos) 21 de enero 2003 (AS 430). En términos similares, STSJ Baleares 29 de noviembre 1999 (AS 4654). En la doctrina defendiendo este criterio, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 180. En contra de admitir el disfrute interrumpido, **RIVAS VALLEJO**. *La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos*, *op. cit.*, p. 242. E, incluso, se ha admitido que “el trabajador pueda desistir de su ejercicio y solicitar el reingreso en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo pactado respetando los plazos de preaviso”. STSJ Comunidad Valenciana 12 de julio 2001 (AS 517). La STSJ Cataluña 19 de noviembre 1999 (AS 3966), entiende que el trabajador tiene derecho a de poner fin a la suspensión en el momento que estime más oportuno.

<sup>170</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital); y **GONZÁLEZ DÍAZ**. *El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos*, *op. cit.* (versión digital) – que cita la STSJ Murcia 12 de marzo 2001 (AS 493); Murcia 14 de noviembre 2000 (AS 3710); y Baleares 29 de noviembre 1999 (AS 4654). Criterio posteriormente seguido por la STSJ Castilla y León (Burgos) 21 de enero 2003 (AS 430).

<sup>171</sup> **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 433. En contra, **RODRÍGUEZ COPÉ**, siguiendo el criterio sentado por la SJS Pamplona (nº 3) 15 de marzo 2002 (AS 696), entiende que el período debe computar a partir de la finalización de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad, pues, “si la relación ya está suspendida, no cabe una nueva suspensión por la vía del reconocimiento de una excedencia por cuidado de hijo”. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 212, p. 182. Como se analizará en algún convenio colectivo se prevé que el inicio de la suspensión por cuidado de hijos debe computar a partir de la finalización de la suspensión de la relación de trabajo por maternidad.

<sup>172</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 93.

para solicitar la suspensión es independiente de la edad del menor y sólo computa a partir de la resolución administrativa o judicial<sup>173</sup>.

En los supuestos de suspensión por cuidado de un familiar, la duración de la suspensión sólo puede extenderse durante dos años, aunque se *invita* a la negociación colectiva para que lo amplíe (art. 46.3.2º TRET)<sup>174</sup>. Sin que pueda entenderse que se trate de un derecho dispositivo, sino se está ante una regulación general mínima irrenunciable (artículo 3.5 TRET), e innegociable en el ámbito colectivo (artículo 85.1 TRET)<sup>175</sup>.

Finalmente, el art. 46.3.4º TRET establece la finalización de la excedencia que se estuviera disfrutando, cuando “un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando”. Expresión que no debe entenderse como una condición resolutoria, pues, es preciso que el trabajador manifieste expresamente su voluntad de suspender el contrato para el cuidado de un nuevo hijo o bien para el cuidado de un familiar<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital); y **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, op. cit., p. 90. Sosteniendo que la edad del menor si debe operar como un límite en los supuestos de adopción y acogimiento, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. RL 1999 – II, p. 783.

<sup>174</sup> No obstante, la doctrina ha criticado que el período de duración sea inferior al previsto para el cuidado de hijos, dado que la finalidad perseguida en ambos supuestos es la misma: la asistencia de personas necesitadas de atención. También se ha criticado la invitación del precepto a la negociación colectiva, por entenderse que resulta confusa e innecesaria. **ALARCÓN CASTELLANOS**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital); y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 184 y 185.

<sup>175</sup> STSJ Castilla La Mancha 11 de octubre 2005 (AS 3187): “únicamente viene a posibilitar - lo que en buena medida resulta innecesario - que en los convenios colectivos se pueda extender la excedencia a otros supuestos, con el régimen y los efectos que allí se prevean para esos supuestos nuevos. Pero sin que pueda el convenio limitar ni alterar ‘in peius’ el régimen jurídico establecido en el artículo 46 TRET”.

<sup>176</sup> Por otra parte, ante el silencio de la norma respecto de cuál es el plazo de reincorporación una vez finalizada la suspensión, se discute si cabe entender aplicable el plazo de un mes previsto en los supuestos de excedencia forzosa (art. 48.3 TRET). **ALARCÓN CASTELLANOS**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999)*, op. cit. (versión digital).

Sin embargo, la doctrina judicial ha entendido que “no puede prevalecer la exigencia de realizar comunicación con un mes de antelación, de la intención de reincorporación al trabajo, dentro del primer año de excedencia por cuidado de hijo, especialmente protegida con derecho a la reserva del puesto de trabajo, toda vez que es esta una exigencia que no establece el artículo 46 TRET, y no puede por tanto ser empeorado ese régimen jurídico ni por convenio colectivo, ni por contrato”. STSJ Castilla La Mancha 11 de octubre 2005 (AS 3187). Y la STSJ Canarias (Las Palmas) 17 de octubre 2005 (AS 3236) ha declarado que si un convenio colectivo exige que la incorporación se haga dentro del mes siguiente a la extinción de la situación, y que se preavise con un mes de antelación el propósito de reincorporarse; entendiéndose que, en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos, se presume el abandono del trabajador (art. 22 CCOL provincial de hostelería de las Palmas), la “exigencia de un preaviso cuya infracción supone la dimisión o abandono del puesto de trabajo es un límite que el legislador no establece y comporta la restricción de un derecho, el de la excedencia por maternidad con readmisión obligatoria, que goza de una protección especial, por lo que ese límite no puede ser aceptado con esa eficacia por contrariar la voluntad del legislador que en ningún caso fija o regula un preaviso en esas condiciones”. En términos similares, STSJ Canarias (Las Palmas) 28 de febrero 2001 (AS 3213).

### ***1.2.2.3.- Negociación colectiva y suspensión por cuidado de familiares.***

La negociación colectiva también ha incidido en la regulación de la suspensión de la relación de trabajo para el cuidado de familiares del trabajador. Si bien es cierto que en relativo a la suspensión por cuidado de hijos es frecuente que se reproduzca literalmente el contenido de la norma<sup>177</sup>, también se dan casos en los que el convenio colectivo completa las lagunas de la norma<sup>178</sup>, o bien, procede a mejorar su contenido, ampliando el período máximo de suspensión<sup>179</sup>; o bien, reconociendo el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante más tiempo<sup>180</sup>; e, incluso, durante la totalidad del período de suspensión<sup>181</sup>.

En cuanto a la suspensión por cuidado de familiares, en algunos casos, tomando el testigo del art. 46.3.2º TRET, se mejora el régimen legal ampliando la duración máxima de la inactividad<sup>182</sup>; y, en alguno de estos casos, reconociendo la reserva del puesto de trabajo del trabajador con contrato suspendido<sup>183</sup>.

---

<sup>177</sup> CCOL – Principado Asturias - Fabricantes de Sidra (BO. Asturias 3 de junio 2006, LPAS 200); CCOL – Estatal – Administraciones de Loterías (BOE 4 de mayo 2006, RCL 1448); CCOL – Almería – Comercio Textil (BO. Almería 25 de mayo 2006, LEG 4536); CCOL – Bizcaia - Comercio de Alimentación (BO. Bizcaia 31 de mayo 2006, LEG 4267); CCOL – Madrid - Confección de Guantes de Piel y Similares (BOCM 24 de abril 2006, LCM 274); CCOL – Castellón y Valencia - Industria de la Marroquinería y afines (DOGV 21 abril 2006, LEG 2873); CCOL – Málaga - Comercio y Manufactura Vidrio Plano, BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159).

<sup>178</sup> Por ejemplo, el CCOL – Estatal – Pastas Alimenticias (BOE 23 de mayo 2006, RCL 1032), al regular la duración de la suspensión por cuidado de hijo adoptivo y en concreto el momento de inicio del período de tres años, establece que “En el supuesto de adopción el trabajador podrá optar entre solicitar la excedencia a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien desde la fecha en que el menor sea entregado a su cuidado, si tal hecho se produce con anterioridad a la resolución judicial.

<sup>179</sup> Cuatro años (CCOL – Burgos - Mayoristas y Minoristas de Vinos, Aguardientes Compuestos y Licores, BO. Burgos 9 de mayo 2006, LEG 2384); y tres y cuatro años a contar desde la fecha de terminación del período de descanso obligatorio por maternidad (respectivamente, CCOL – Murcia - Manipulado y Envasado de Tomate Fresco, BO. Región de Murcia 22 de febrero 2006, 75; y LRM CCOL – Navarra - Artes Gráficas e Industrias Auxiliares, BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189).

<sup>180</sup> El CCOL – Estatal – Administraciones de Loterías (BOE 4 de mayo 2006, RCL 1448) amplía la reserva de puesto de trabajo a 15 meses en los supuestos en los que la familia del trabajador sea calificada como familia numerosa de categoría general y a 18 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría especial (art. 26). En los mismos términos, CCOL – Cataluña - Comercio de cristal, loza, cerámica y similares (DOCG 16 de mayo 2006, LCAT 403); CCOL – Estatal - Sector de Aparcamientos y Garajes, BOE 8 de febrero 2006, RCL 247); CCOL – Granada - Sector del Campo (BO. Granada 30 de mayo 2006, LEG 4563).

<sup>181</sup> CCOL – Navarra - Artes Gráficas e Industrias Auxiliares (BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189); CCOL – Industria Fotográfica (BOE 6 de junio 2006, RCL 1147); CCOL Herramientas Bilbainas Lumí, S.A., (BO. Bizcaia 8 de febrero 2006, LEG 297); CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14); CCOL Empresa Comercio de la Madera y Corcho (BO. Navarra 23 de diciembre 2005, LNA 367).

<sup>182</sup> A dos años (CCOL – Principado Asturias – Industrias del Metal, BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226; CCOL – Burgos - Mayoristas y Minoristas de Vinos, Aguardientes Compuestos y Licores, BO. Burgos 9 de mayo 2006, LEG 2384; CCOL – Murcia - Confección, Pastelería, Masas Fritas y Turrónes, BO. Región de Murcia 6 de abril 2006, LRM 139). A tres años (CCOL – Navarra - Artes Gráficas e Industrias Auxiliares, BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189; CCOL – Estatal – AENA, BOE 18 de abril 2006, RCL 809; CCOL – Estatal – Autoescuelas, BOE 24 de febrero 2006, RCL 387; CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14).

<sup>183</sup> CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14).

También se establecen algunas reglas procedimentales que tratan de canalizar la facultad reconocida al trabajador, con el fin de posibilitar al empresario una mejor gestión de la situación y del personal. En este sentido, se establecen requisitos formales para que el trabajador canalice su derecho<sup>184</sup>. También es bastante frecuente que se establezca un plazo de preaviso con el que el trabajador debe comunicar su reincorporación<sup>185</sup>.

De todos modos, también puede identificarse un número reseñable de convenios que al regular esta facultad del trabajador resultan más restrictivos que en lo previsto en la norma. Cláusulas que, sin duda, deben calificarse como ilegales. Por ejemplo, se establece una edad máxima para poder suspender el contrato cuando se trate de un menor adoptado<sup>186</sup>; o bien, no reconociendo al trabajador el derecho de reserva de su puesto de trabajo y sólo reconociendo una reserva a su grupo profesional o categoría equivalente<sup>187</sup>. En otras ocasiones, se reduce el período de tiempo máximo por el que un trabajador puede suspender el contrato para el cuidado de un familiar<sup>188</sup>; o bien, se establece el período mínimo<sup>189</sup>. En cuanto al establecimiento de requisitos procedimentales, en ocasiones, el preaviso se configura como un requisito constitutivo para el reingreso, esto es, si no se cumple el trabajador no puede reincorporarse a su puesto de trabajo, entendiéndose que ha desistido<sup>190</sup>, o bien, se presume

---

<sup>184</sup> Art. 24 CCOL – Huesca – Oficinas y Despachos (BO. Huesca 13 de junio 2006, LEG 4593): “han de solicitar motivadamente siempre por escrito, con quince días de antelación”. En términos similares, CCOL – Estatal - Gestorías Administrativas (BOE 23 de mayo 2006, RCL 1031).

<sup>185</sup> El art. 12 del CCOL – Principado Asturias – Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226), en relación a la suspensión para el cuidado de un menor establece que “el reingreso deberá solicitarse por escrito, con antelación mínima de un mes a la terminación de la excedencia voluntaria”. Y, obligando al preaviso de dos meses, CCOL – Ourense - Comercio de materiales para la construcción y saneamiento (BO. Ourense 15 de marzo 2006, LEG 4450)

<sup>186</sup> El CCOL – Bizcaia – Construcción (BO. Bizcaia 9 de junio 2006, LEG 4323), establece (art. 75) que “el personal tendrá derecho a un periodo de excedencia no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de nacimiento o adopción de éste, si es menor de cinco años”. Y el CCOL – Madrid - Construcción y Obras Públicas (BOCM 28 de abril 2006, LCM 233) establece el límite en 6 años.

<sup>187</sup> CCOL – Valencia - Cestería, Artículos de Mimbre y Junco y Afines (BO. Valencia 23 de junio 2006, LEG 2534) reconoce al trabajador con contrato suspendido por cuidado de un menor de tres años “un derecho preferente al reingreso en las vacantes, de igual o similar categoría a la suya, que hubiera o se produjera en la empresa, y siempre que lo solicite con, al menos, un mes de antelación al término de la excedencia”.

<sup>188</sup> El art. 24 CCOL – Huesca – Oficinas y Despachos (BO. Huesca 13 de junio 2006, LEG 4593) limita la duración de la suspensión a 12 meses a partir de la baja por maternidad. En términos similares, CCOL – Estatal - Gestorías Administrativas (BOE 23 de mayo 2006, RCL 1031).

Y el CCOL – Valencia - Cestería, Artículos de Mimbre y Junco y Afines (BO. Valencia 23 de junio 2006, LEG 2534) limita la duración a 6 meses (art. 61).

<sup>189</sup> 3 meses mínimo (art. 23, CCOL – Alicante – Salas de Bingo, BO. Alicante 4 de mayo 2006, LEG 3761); 1 mes (art. 92, CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809).

<sup>190</sup> El art. 28.3.3º del CCOL – Toledo - Industria de Captación, Elevación, Conducción, Depuración, Tratamiento y Distribución de Aguas Potables y Residuales (BO. Toledo 21 de junio 2006, LEG 2543): “El trabajador o trabajadora excedente deberá solicitar su reingreso al trabajo al menos con veinte días de antelación al término de la excedencia causando baja en la empresa de no hacerlo en dicho plazo”. Y el art. 12 del CCOL – Principado Asturias – Industrias del Metal (BO. Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226), en relación a la suspensión para el cuidado de un familiar establece que “el trabajador tendrá derecho al reingreso si lo solicita con un mes de antelación a la expiración del plazo de terminación de la excedencia”. Y el CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809) establece que los trabajadores en situación de suspensión por cuidado de hijo (art. 91) “tendrán derecho al cómputo, a efectos de antigüedad, del tiempo que permanezcan en la misma, así como a la reserva del puesto de trabajo, debiendo solicitar su reingreso un mes antes de expirar el plazo del período de excedencia. En caso contrario, se entenderá extinguido su contrato”.

que pasa a una situación de excedencia voluntaria<sup>191</sup>. Clausulado que, como viene sosteniendo la doctrina judicial, debe calificarse como ilegal<sup>192</sup>.

---

<sup>191</sup> CCOL – Castilla La Mancha – Personal Laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (DO. Castilla La Mancha 13 de enero 2006, LCLM 14); y CCOL – Almería - Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase (BO. Almería 11 de noviembre 2005, LEG 8053).

<sup>192</sup> *Vid.* al respecto nota *supra*.

### ***1.2.3.- La suspensión de la relación de trabajo motivada por la violencia de género.***

#### ***1.2.3.1.- Definición y breve exposición de la fundamentación dogmática.***

El apartado n) del art. 45.1 TRET faculta a la trabajadora víctima de violencia de género a suspender el contrato<sup>193</sup>. Se trata de una facultad reconocida exclusivamente a la trabajadora víctima de violencia de género (“por decisión de la trabajadora” *ex* apartado n del art. 45.1 TRET), sin que la norma confiera expresamente al empresario posibilidad alguna de oponerse, salvo los límites genéricos de la buena fe y el abuso del derecho.

Desde un punto de vista dogmático, cabe entender que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad vinculado a la estabilidad en el empleo. Estabilidad que, como se ha apuntado, se configura como fin en sí mismo, pero que también cabe entenderlo como un instrumento para posibilitar la recuperación de la mujer afectada por la violencia de género. No obstante, se trata de una delimitación difícil de precisar dogmáticamente, dado que también cabría entender que, si lo que motiva la inactividad es el disfrute de la asistencia social integral, podría admitirse que se trata de un supuesto de imposibilidad objetiva, similar a los supuestos de incapacidad temporal.

#### ***1.2.3.2.- Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión***

En cuanto a las condiciones para el ejercicio de este derecho, al igual que en los supuestos de reducción de jornada y de traslado, el reconocimiento de esta facultad está condicionado a la acreditación de la condición de víctima de violencia de género (art. 23 LOVG)<sup>194</sup>.

Ahora bien, pudiera parecer que de la literalidad del art. 45.1.n) TRET no es suficiente con que la trabajadora acredite su condición de víctima de violencia de género, pues, el citado precepto se refiere a que la “trabajadora *se vea obligada* a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”. De algún modo, parece darse a entender que, sólo en el caso de que la trabajadora acredite fehacientemente su situación podrá

---

<sup>193</sup> Apartado añadido por la D.Ad. 7.3 LOVG. Por consiguiente, como consecuencia de la suspensión, el período de tiempo computa a efectos de la antigüedad (exponiendo algunas objeciones al respecto, **BLASCO PELLICER**. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, *op. cit.* (versión digital), p. 8 y 9) y se le reconoce el derecho a la reserva de su puesto de trabajo (Según el art. 21.3 LOVG “cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo”)

<sup>194</sup> Se trata de una facultad reconocida a la trabajadora frente al empresario “sin que pactos individuales o colectivos puedan minorarlo o, mucho menos, sin que la mera conveniencia empresarial baste para rechazar su ejercicio”. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital).

reconocerse tal facultad. No obstante, siguiendo a SEMPERE NAVARRO, se trata de una decisión abstracta, de manera que son indiferentes (jurídicamente hablando) las concretas razones o motivaciones que aconsejan a una mujer con orden de protección suspender su relación<sup>195</sup>.

Conforme al art. 48.6 TRET, el “período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses”<sup>196</sup>. Por consiguiente, cabe entender que la trabajadora tiene libertad para determinar el tiempo de inactividad con el límite de los seis meses. Así, si se establece una duración inicial, la trabajadora está facultada para extender su duración hasta el plazo máximo<sup>197</sup>.

El art. 48.6 TRET reconoce la posibilidad de que la duración inicial se prorrogue sin solución de continuidad. Sin embargo, sólo se refiere a la prórroga para hacer efectivo “el derecho de protección”. Por su parte, en los arts. 37.7 y 40.3.bis TRET se establece una distinción entre la “protección” y “el derecho a la asistencia social integral”. Por consiguiente, de la literalidad de la norma parece desprenderse que cuando la suspensión esté motivada para atender a la “asistencia social integral”, la duración máxima únicamente podrá ser de 6 meses y sin posibilidad de prórroga alguna. Fuera de estos casos, esto es, en los supuestos en los que “la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión”, la prórroga deberá ser declarada por el propio juez<sup>198</sup>, a instancia de la trabajadora, antes de la finalización del período de suspensivo inicial<sup>199</sup>. En cualquier caso, de cara a la finalidad tuitiva de la norma, debe entenderse que esta distinción es fruto de una deficiencia técnica, pues, no tiene excesivo sentido que se establezca un régimen diferenciado. Finalmente, como apunta el propio art. 48.6 TRET, el órgano judicial puede declarar hasta 6 prórrogas de tres meses cada una (hasta el máximo de 18 meses).

En cualquier caso, atendiendo a la naturaleza del riesgo que se trata de gestionar, no parece que el establecimiento de un límite temporal máximo sea lo más adecuado (sin dejar de

---

<sup>195</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Compartiendo este criterio, ARIAS DOMÍNGUEZ. *Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas*, op. cit., p. 62.

<sup>196</sup> Repárese que este período de tiempo inicial coincide con el previsto en los párrafos 3º y 4º del art. 40.3.bis TRET.

<sup>197</sup> BLASCO PELLICER. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, op. cit. (versión digital), p. 7.

<sup>198</sup> “Las actuaciones de tutela judicial en cuyo contexto ha de valorarse si concurren las circunstancias que aconsejan la prórroga de la suspensión contractual se siguen ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o los de primera Instancia e Instrucción”. SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Aunque, como reconoce el propio autor, también cabría entender que hacer extensible la competencia de los órganos jurisdiccionales laborales al igual que en los supuestos del art. 37.7 TRET.

<sup>199</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital).

caer en la cuenta que 18 meses es un lapso de tiempo, *a priori*, apropiado); ni tampoco que, en aras a la agilidad de este supuesto suspensivo y a la protección de los intereses de la víctima, se condicione la prórroga a lo que determine un Juez, especialmente, cuando para iniciar el período suspensivo no ha sido preciso.

### ***1.2.3.3.- Negociación colectiva y suspensión por violencia de género.***

Finalmente, en cuanto a la regulación de la facultad suspensiva reconocida a las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva<sup>200</sup>, cuando se produce, es bastante común que se proceda a una reproducción literal del contenido de la ley<sup>201</sup>; o, bien, a una remisión al contenido de la legislación vigente<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> En opinión de BLASCO PELLICER la duración del período suspensivo tiene el carácter de norma de derecho necesario absoluto, y por tanto indisponible, porque el tenor literal de la norma se refiere a que “no puede exceder de seis meses”; y, segundo, porque en virtud del art. 124.5 TRLGSS el período suspensivo se entiende como período de ocupación cotizada y también porque tal situación suspensiva tiene la consideración de situación legal de desempleo. **BLASCO PELLICER**. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, *op. cit.* (versión digital), p. 7 y 8.

<sup>201</sup> CCOL – Valencia – Tintorerías y Lavanderías (BO. Valencia 31 de mayo 2006, LEG 2450); CCOL – Navarra – Artes Gráficas e Industrias Auxiliares (BO. Navarra 10 de julio 2006, LNA 189); CCOL – Cáceres – Hostelería (DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913); CCOL – Estatal – Comercio Flores y Plantas (BOE 26 de octubre 2005, RCL 2109); CCOL – Estatal – Grandes Almacenes (BOE 27 de abril 2006, RCL 873); CCOL – Cataluña – Personal Laboral de la Generalitat (DOGC 24 de mayo 2006, LCAT 424); CCOL – Estatal – AENA (BOE 18 de abril 2006, RCL 809); CCOL – Cataluña – Comercio de cristal, loza, cerámica y similares (DOGC 16 de mayo 2006, LCAT 403); CCOL – Comunidad Valenciana – Centros Específicos de Enfermos Mentales Crónicos, cuya titularidad y gestión se lleve a cabo de forma privada (DOGV 13 de febrero 2006, LCV 81); CCOL – Castellón – Supermercados y Autoservicios (BO. Castellón 2 de enero 2006, LEG 1323); CCOL – Estatal – comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumería (BOE 22 de julio 2005, RCL 1543).

<sup>202</sup> CCOL – Toledo – Mazapán, Masas Fritas, Confiterías y Chocolates (BO. Toledo 26 de mayo 2006, LEG 2448); CCOL – Alicante – Salas de Bingo (BO. Alicante 4 de mayo 2006, LEG 3761); CCOL – Estatal – Distribuidores de productos farmacéuticos (BOE 27 de diciembre 2005, RCL 2006\90); CCOL – Estatal – Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados (BOE 18 de enero 2006, RCL 91); CCOL – Castellón – Industrias de Distribución de Gases Licuados del Petróleo (BO. Castellón 10 de septiembre 2005, LEG 6613); CCOL – Valencia – Garajes, Aparcamientos, Servicios de Lavado y Engrase y Autoestaciones (BO. Valencia 16 de agosto 2005, LEG 3762); CCOL – Burgos – Actividad de Transportes por Carretera, Garajes y Aparcamientos (Bo. Burgos 12 de agosto 2005, LEG 3782).



#### 1.2.4.- Suspensión para la formación o perfeccionamiento profesional.

El trabajador tiene derecho a la “concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo” (art. 23.b TRET). Pese al empleo del término “permiso”, debe entenderse que se trata de un supuesto suspensivo. El hecho de que el trabajador, salvo que lo prevea la negociación colectiva<sup>203</sup>, no perciba compensación alguna (la exclusión del listado del art. 37 TRET así lo determina), por un lado; y la expresa reserva del puesto de trabajo, por otro, lo equiparan, en lo que a los efectos jurídicos se refiere, a los elementos definidores de la suspensión<sup>204</sup>. Por otra parte, dogmáticamente – entendemos – es calificable como un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida (vinculado a los arts. 27 y 35 CE)<sup>205</sup>.

Supuesto suspensivo que, dados los términos empleados, parece estar pensado no tanto para la obtención de un título, sino para impartir o actualizar en un período relativamente breve conocimientos determinados<sup>206</sup>. Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el art. 23.1.a) TRET se trata de un derecho configurado de un modo alternativo, pues, el trabajador o “adapta la jornada” o suspende la relación de trabajo<sup>207</sup>.

En cuanto al modo de ejercicio, debe entenderse que, por derivación del deber de buena fe, el trabajador informe al empresario con carácter previo, sin que deba esperar autorización alguna de aquél para ausentarse del trabajo justificadamente. Pudiéndose denegar para el caso de que concurran circunstancias poderosas<sup>208</sup>. Finalmente, en lo relativo a la duración, la norma guarda silencio, y los órganos jurisdiccionales han optado por una interpretación amplia del precepto<sup>209</sup>.

El tratamiento en la negociación colectiva es dispar. Es habitual que la aportación de la autonomía colectiva al desarrollo del art. 23.1.b) TRET sea testimonial, pues, se limita a reproducir el contenido de dicho precepto<sup>210</sup>. Lo que, como se ha apuntado con anterioridad

<sup>203</sup> En este sentido, art. 14 CCOL – Málaga – Comercio en General (BO. Málaga 6 de septiembre 2007, LEG 6308)

<sup>204</sup> Cfr. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 136 y 137; **CRUZ VILLALÓN ET ALTRI**. *Estatuto de los Trabajadores comentado*, op. cit., p. 323; y **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit., p. 181. En lo relativo al “permiso” previsto en el art. 23.a) TRET convenimos con un sector de la doctrina que sostiene que a pesar de no estar incluido en el art. 37 TRET cabe entender que sí es retribuido (salvo lo que prevea la negociación colectiva). **CRUZ VILLALÓN ET ALTRI**, op. cit., p. 322. Descartándose, por consiguiente, su calificación como un supuesto suspensivo.

<sup>205</sup> Vid. al respecto *supra*, Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>206</sup> **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 137.

<sup>207</sup> Cfr. **CRUZ VILLALÓN ET ALTRI**. *Estatuto de los Trabajadores comentado*, op. cit., p. 323.

<sup>208</sup> **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit., p. 202.

<sup>209</sup> STCT 8 de marzo 1985 (Ar. 2245), cit. **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit., p. 204. En algunos CCOL se regula esta cuestión. Por ejemplo, otorgando un día completo (art. 77 CCOL Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León, BO Castilla y León 23 de enero 2003, LCyL 53)

<sup>210</sup> Entre otros muchos, Art. 21 CCOL – Zaragoza - Confiterías, Pastelerías y Venta de Dulces (BO. Zaragoza 5 de junio 2003, LEG 2007\6780); Art. 28 CCOL – Tarragona - Industrias vinícolas (DOGC 9 de octubre 2007, LCAT 580); Art. 40 CCOL – Almería - sector trabajo en el campo (BO. Almería 17 de septiembre 2007, LEG 6322); Art.

con ocasión del art. 23 TRET y la facultad de adaptar la jornada y elegir el turno de trabajo, debe valorarse negativamente, pues, con el silencio legal existente la seguridad jurídica queda notablemente afectada.

Normalmente, cuando se exige algún tipo de justificación o procedimentalización para su ejercicio, éstos coinciden con los que se exigen para adaptar la jornada o para elegir el turno de trabajo<sup>211</sup>. En ocasiones, se limita el ejercicio de este derecho a empresas con determinadas plantilla<sup>212</sup>; e, incluso, se restringe el número de trabajadores que pueden ejercer este derecho simultáneamente<sup>213</sup> (lo que resulta de dudosa legalidad). También es frecuente que, si se prevén, se reiteren para este supuesto suspensivo las restricciones ya apuntadas con ocasión de la posibilidad de elegir turno o de adaptar la jornada ordinaria de trabajo<sup>214</sup>.

---

27 CCOL – Cataluña – Inspección Técnica de Vehículos (DOGC 16 de octubre 2007, LCAT 591); Art. 18 CCOL – Cantabria - agencias distribuidoras oficiales de butano (BO. Cantabria 3 de agosto 2007, LCTB 232); Art. 23 CCOL – Murcia - Aguardientes, Compuestos, Licores y Sidrerías (BO. Región de Murcia 7 de agosto 2007, LRM 266); Art. 43 – Madrid – CCOL Intervención Social (BOCM 14 de septiembre 2007, LCM 333); Art. 25 CCOL – Zamora - Industrias de Tintorería y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa (BO. Zamora 13 de julio 2007, LEG 6705); Art. 33 CCOL – Navarra – Industria Hostelería (BO. Navarra 8 de agosto 2007, LNA 299); Art. 11 CCOL – Madrid - Tintorerías y Lavanderías (BOCM 6 de junio 2007, LCM 229); Art. 24 CCOL – Murcia – Panaderías (BO. Región de Murcia 16 de abril 2007, LRM 125); Art. 24 CCOL – La Rioja - Comercio Textil (BO. La Rioja 8 de febrero 2007, LLR 23); Art. 53 CCOL – Cataluña - Laboratorios fotográficos (DOGC 8 de octubre 2007, LCAT 577); Art. 20 CCOL – Cataluña - Empresas de azafatas y promotores/as de venta (DOGC 13 de diciembre 2006, LCAT 926); Art. 49 CCOL – Com. Valenciana - Sector de Bebidas Refrescantes (DO. Comunidad Valenciana 8 de septiembre 2006, LCV 387); Art. 5 CCOL – Asturias - Industrias del Metal (BO. Principado Asturias 30 de junio 2006, LPAS 226); Art. 25 – Murcia - Confeitería, Pastelería, Masas Fritas y Turrónes (BO. Región Murcia 6 de abril 2006, LRM 139); Art. 23 CCOL – Málaga - Comercio y Manufactura Vidrio Plano (BO. Málaga 5 de abril 2006, LEG 3159); Art. 26 CCOL – Valencia - Laboratorios de Prótesis Dental (BO. Valencia 18 de enero 2006, LEG 973).

<sup>211</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>212</sup> Art. 35 CCOL – Baleares - Vehículos de Alquiler sin Conductor (BO. Illes Balears 18 de diciembre 2008, LIB 349).

<sup>213</sup> Art. 35 CCOL – Baleares - Vehículos de Alquiler sin Conductor (BO. Illes Balears 18 de diciembre 2008, LIB 349).

<sup>214</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

## ***2.- La suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva.***

En los epígrafes que anteceden al presente, se ha analizado la posibilidad de suspender la relación de trabajo en situaciones en las que el trabajador o el empresario padecían un determinado desequilibrio que afectaba a la causa del contrato y que se plasmaba en la concurrencia de una excesiva onerosidad sobrevenida. No obstante, el contrato de trabajo también puede resultar ineficaz si concurre una imposibilidad objetiva sobrevenida. Ahora bien, si la imposibilidad es transitoria cabe excepcionar el juego resolutorio y declarar la suspensión de la relación de trabajo. El elemento más “perturbador” de estos supuestos suspensivos radica precisamente en la delimitación del concepto de “transitoriedad” o “temporalidad” del hecho obstativo; o, dicho de otro modo, a partir de qué momento lo transitorio pasa a ser definitivo (conflicto también presente en los supuestos suspensivos por excesiva onerosidad). Factor que, a su vez, según los parámetros clásicos del Derecho común queda relativizado (o condicionado) por el interés del acreedor.

Como es lógico, la concurrencia de un hecho obstativo sobrevenido puede afectar tanto al trabajador como al empresario. Aunque, como se pondrá de manifiesto al analizar la resolución por imposibilidad objetiva, cuando se trata de un empresario persona jurídica, se ha discutido acerca de la posibilidad de ubicarlo en esta categoría dogmática<sup>215</sup>. La suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva cuando repercute en el empresario está regulada en el art. 47.2 TRET; y cuando afecta al trabajador en los arts. 45.1.c) y g), 48.2 y 48.4 TRET (durante el puerperio).

Cuando la imposibilidad afecta al trabajador (dando lugar a una incapacidad temporal), el Derecho del Trabajo, por influencia del principio de estabilidad en el empleo, ha tendido a posponer, en la medida de lo posible, la eficacia extintiva del hecho imposibilitante (incrementando, consiguientemente, la duración de la suspensión de la relación de trabajo). Apartándose de las reglas del Derecho común, pues, el interés del acreedor ha quedado relegado a un segundo plano. El nudo gordiano reside en la gestión de la transición desde la incapacidad temporal a la incapacidad permanente que imposibilita la continuidad de la relación de trabajo (por tanto, total, absoluta o gran invalidez). La idea implícita en este régimen jurídico es la voluntad de cerciorar el carácter definitivo de la imposibilidad. Sin olvidar, primero, la influencia que sobre estos supuestos suspensivos ejerce el Derecho de la Seguridad Social y, sobre todo, la política presupuestaria y de contención del gasto público. Y,

---

<sup>215</sup> Como se sabe, la obligación principal (o prototípica) del empresario consiste en el abono de una cantidad de dinero, por lo que, en principio, no debería hablarse de imposibilidad en la prestación, pues, al ser dineraria, jurídicamente siempre es posible (*genus nunquam perit*). Sin embargo, cabe entender que además de esta obligación el empresario también está obligado a “proporcionar al trabajador ocasión de trabajo” (art. 4.2.a TRET). *Vid.* al respecto *infra*.

segundo, que el interés del acreedor no puede obviarse indefinidamente (debiéndose respetar el término pactado o bien posibilitar fórmulas resolutorias – art. 52.d TRET). De lo que resulta que la satisfacción de todos los intereses concurrentes no se plantea como una tarea sencilla.

En cambio, cuando la imposibilidad afecta a la esfera del empresario, el interés del Legislador se centra en verificar el efecto imposibilitante del hecho sobrevenido, condicionando la suspensión a la previa autorización administrativa.

### ***2.1.- Nota aclaratoria relativa a la suspensión por privación de libertad y por maternidad.***

De cara a la claridad expositiva, advertimos que los supuestos suspensivos previsto en los arts. 45.1g) y 48.4 TRET no serán objeto de análisis en este epígrafe, pese a estar total o parcialmente vinculados a la imposibilidad objetiva. En cuanto a la suspensión prevista en el art. 45.1.g) TRET pese a tratarse de un supuesto que puede calificarse como *factum principis*, entendemos que el factor definidor que predomina es la necesidad de establecer las condiciones materiales para el ejercicio de un derecho fundamental (la presunción de inocencia – art. 24.2 CE). Motivo por el que será analizado junto con el resto de supuestos suspensivos vinculados al ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos. Por otra parte, la suspensión por maternidad ya ha sido analizada con anterioridad. Si se recuerda, hemos afirmado que se trata de un supuesto de alteración de lo pactado que participa de los elementos característicos de la excesiva onerosidad sobrevenida. Sin embargo, también hemos afirmado que esta nota característica está presente en toda la institución salvo en lo referido al período puerperal (que la Ley identifica con las seis semanas posteriores al parto). Pues bien, a fin de no resultar reiterativos, en este momento simplemente queremos apuntar que esta situación, sin vincularla a un proceso patológico (ni mucho menos, pues, la maternidad no lo es), sí puede calificarse como una imposibilidad objetiva. Dicho esto, nos remitimos a lo analizado en su momento al respecto.

### ***2.2.- Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el empresario: la suspensión por fuerza mayor.***

La suspensión de la relación de trabajo en los supuestos en los que la imposibilidad objetiva es transitoria es una consecuencia “lógica” desde la perspectiva del principio de continuidad de la relación contractual. En comparación con la resolución, la suspensión de la

relación de trabajo por imposibilidad objetiva es consecuencia del carácter temporal y no definitivo del hecho obstativo sobrevenido. Precisando más esta distinción, la doctrina ha afirmado que el requisito de la temporalidad no incide sobre la causa (ello, llevaría necesariamente a una “apreciación ‘a priori’ que por esencia tendría que ser insegura”), sino sobre la situación provocada por la misma<sup>216</sup>.

Sin embargo – como ya se ha apuntado –, durante la vigencia de la LCT’31, y probablemente como consecuencia de la influencia del Derecho común, la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva estaba condicionada a la existencia de un pacto expreso entre las partes recogiendo dicha posibilidad (art. 92 LCT’31)<sup>217</sup>. De tal modo que la ausencia de pacto comportaba la resolución contractual (*ex* art. 89.5 LCT’31), pese a que el efecto imposibilitante del hecho sobrevenido fuera temporal. De algún modo, esta configuración legal desnaturalizaba este supuesto suspensivo, pues, la institución gravitaba esencialmente sobre la autonomía de la voluntad y no sobre el efecto imposibilitante del hecho sobrevenido. Por otra parte, los parámetros exigidos para identificar un supuesto de imposibilidad objetiva no coincidían en la resolución y en la suspensión. Diferenciación que, como se ha tratado de demostrar, no respondía a un tratamiento sustantivo diferenciado, sino que, parece que el Legislador republicano entendía – erróneamente, a nuestro juicio - que la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva era una derivada de la responsabilidad por mora reconocida en el art. 37 LCT’31<sup>218</sup>. Posteriormente, la LCT’44, pese a reiterar las mismas deficiencias que la LCT’31 en lo que se refiere a la descripción del hecho obstativo<sup>219</sup>, se aparta de la lógica del Derecho común e impide que las partes puedan pactar la suspensión de la relación de trabajo, supeditándolo, no obstante, a la previa autorización administrativa<sup>220</sup>. Años más tarde, el art. 20 LRL’76, superando las deficiencias técnico-legislativas del pasado, procederá a la concepción del hecho obstativo de un modo uniforme,

---

<sup>216</sup> VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 188. No es que la fuerza mayor tenga que ser temporal, sino que parece más adecuado afirmar que la “imposibilidad produce efectos suspensorios sólo durante un determinado espacio de tiempo” (p. 190)

<sup>217</sup> De hecho, las partes debían pactar anticipadamente la duración de la suspensión así como la obligatoriedad o no de abonar los salarios.

<sup>218</sup> Los parámetros que describen al hecho obstativo para la suspensión son distintos a los exigidos para la resolución (hechos “imprevistos e imputables”, para la suspensión – art. 92 LCT’31; y hechos “no previstos o, si previstos, no evitables”, para la resolución – art. 89.5 LCT’31). Pero en cambio, los de la suspensión son muy similares a los previstos en el art. 37 LCT’31 (“impedimentos que provinieren de los locales, los materiales, las maquinarias, los instrumentos o cualquiera otras circunstancia imputable al patrono y no al obrero”).

<sup>219</sup> El art. 80 LCT’44 emplea la expresión “causa no prevista ni imputable al empresario”, (al igual que el art. 92 LCT’31, aunque sin enumerar ningún supuesto en concreto), mientras que el art. 76.5 LCT’44 habla de acontecimientos que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se haya podido evitar” (al igual que el art. 89.5 LCT’31).

<sup>220</sup> Difícilmente puede entenderse que el motivo de este tratamiento diferenciado, con respecto al previsto en la LCT’31, resida en la voluntad de depurar la técnica legislativa, sino que claramente la intención del legislador es la monitorización administrativa del mayor número de vicisitudes contractuales.

manteniendo, eso sí, la autorización administrativa<sup>221</sup>. Régimen que se exportará al ET'80 y al TRET sin cambios sustanciales<sup>222</sup>.

En la actualidad, el régimen jurídico de la suspensión por imposibilidad objetiva que afecta al empresario es prácticamente idéntico al previsto en los supuestos de resolución, salvo, claro está, la naturaleza temporal del efecto imposibilitante del hecho sobrevenido. En cuanto al procedimiento a seguir, la remisión expresa del art. 47.2 al procedimiento establecido en el 51.12 TRET, así como el tratamiento unitario del procedimiento por el RPRE'96, aconseja que pospongamos su análisis para cuando analicemos estos supuestos resolutorios.

La cuestión que queda en el aire es la determinación de qué aspectos establecidos en el párrafo 1º del art. 47 TRET, relativos a un supuesto suspensivo por excesiva onerosidad, son trasladables a la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva, *ex* art. 47.2 TRET. A nuestro entender, cabe entender aplicable la exención del deber de indemnizar<sup>223</sup>; así como lo previsto en el párrafo 2º del art. 47.1 TRET<sup>224</sup>.

Atendiendo a la interpretación que se ha dado al término, parece lógico que la suspensión de la relación de trabajo esté supeditada a la “coyunturalidad” de la situación en la que se encuentra la empresa. La Autoridad Laboral a la hora de valorar si la imposibilidad objetiva es efectivamente temporal o no, debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes, pues, como se ha apuntado, de la temporalidad del efecto imposibilitante del hecho sobrevenido no se desprende, *per se*, la suspensión de la relación de trabajo, pues, cabe que el efecto imposibilitante pese a ser temporal frustre el fin del contrato y deba resolverse.

En cuanto a los efectos derivados de la suspensión de la relación de trabajo sin la preceptiva autorización administrativa, el ordenamiento jurídico silencia este aspecto. A nuestro entender, al igual que en los supuestos de suspensión por excesiva onerosidad, la decisión del empresario debe calificarse como nula *ex tunc*, incurriendo en una situación de mora y, por tanto, estando obligado al abono del salario (art. 30 TRET).

Sin embargo, la doctrina judicial ha estimado que si la Autoridad Laboral entiende que no ha existido un hecho obstativo que imposibilite el cumplimiento de los contratos, nada

---

<sup>221</sup> Recuérdese “la imposibilidad de trabajar en la empresa, sobrevenida como consecuencia de fuerza mayor reconocida por la autoridad laboral, mediante expediente de regulación de empleo ...”.

<sup>222</sup> El ET'80, al referirse a la suspensión, emplea la expresión “fuerza mayor temporal” (art. 45.1.i ET'80); y “fuerza mayor” (art. 47.1 ET'80). Y al referirse a la resolución se habla de “fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo” (art. 49.8 ET'80); y “fuerza mayor” (art. 51.1 ET'80). Y el TRET, al referirse a la suspensión, emplea la expresión “fuerza mayor temporal” (art. 45.1.i TRET); y “fuerza mayor” (art. 47.2 TRET). Y al referirse a la resolución, se emplea la expresión “fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo” (art. 49.1.h TRET); y “fuerza mayor” (art. 51.12 TRET).

<sup>223</sup> En este sentido, la redacción del art. 47.1 ET'80 resultaba más explícita (“El contrato de trabajo podrá ser suspendido temporalmente por causas tecnológicas o económicas o derivadas de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de esta Ley, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán”).

<sup>224</sup> Esto es, “la autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”.

obsta que el empresario pueda pactar con los trabajadores individualmente la suspensión de la relación de trabajo, pues, “mientras en el supuesto de que el empresario proceda a la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sin haber obtenido la pertinente autorización, se declara nula dicha decisión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 TRLPL, en el supuesto de que suspenda los contratos de trabajo por fuerza mayor, sin obtener la pertinente autorización, no hay previsión alguna al respecto, por lo que no es ineficaz la aplicación de la cláusula suspensiva contenida en cada uno de los contratos de los actores, hoy recurrentes, que prevé dicha suspensión”<sup>225</sup>. Pronunciamento difícilmente admisible, porque pone en tela de juicio el carácter imperativo de las normas procedimentales a que se refiere el art. 47.2 TRET. De hecho, resulta ciertamente forzado admitir que el silencio del Legislador en cuanto a los efectos derivados de la ausencia de la intervención administrativa lleve a sostener el carácter dispositivo del art. 47.2 TRET. Por otra parte, pese a que el art. 45.1.b) TRET admite la suspensión de la relación de trabajo por acuerdo entre las partes establecido en el contrato, debe entenderse que lo previsto en los arts. 45.1.i) y 47.2 TRET operan como norma especial, sin que pueda admitirse la validez de un pacto en un supuestos de imposibilidad objetiva<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 4 de noviembre 2002 (AS 2003\34).

<sup>226</sup> En contra también del criterio seguido en dicho pronunciamento, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., nota 83, p. 275. Finalmente, a diferencia de lo que ha sucedido con los supuestos resolutorios por imposibilidad objetiva, los órganos jurisdiccionales han tenido ocasión de enjuiciar en alguna ocasión más (no muchas) la idoneidad de la intervención administrativa autorizando o no la suspensión contractual por imposibilidad objetiva. Los casos más numerosos han estado vinculados a hechos sobrevenidos que tienen su origen en fenómenos meteorológicos. En este sentido, y como punto de partida, el TS ha admitido que pese a que los “accidentes meteorológicos” pueden constituir el presupuesto fáctico del concepto jurídico indeterminado que representa la fuerza mayor (...), no cabe elevar a la categoría de regla general que todo ‘accidente meteorológico’ constituya ‘per se’ un supuesto de fuerza mayor con abstracción de las circunstancias particulares que en cada caso concurren” (STS [C-A] 8 de marzo 2002, RJ 4671). A partir de esta base, pese a admitirse que la lluvia pueda interrumpir la actividad laboral de una fábrica de azúcar cuando impide el normal abastecimiento de remolacha (Como sucede en la STS [C-A] 26 de junio 1988, RJ 4730), no puede entenderse que concurre un supuesto de fuerza mayor si se trata de precipitaciones normales de la zona y temporada, pues, no concurre la nota de imprevisibilidad (“su incidencia perturbadora debe ser prevista y evitada por el empresario con el correspondiente plan de abastecimiento de materia prima”. STS [C-A] 8 de marzo 2002, RJ 4671). En cambio, aunque se dé por sentada la dureza del clima invernal de la zona, se entiende que la imposibilidad de acceder al centro de trabajo minero a consecuencia de una copiosa nevada es suficiente para entender que se está ante un supuesto de fuerza mayor. “Aunque tal suceso pueda ser previsto e, incluso, sea frecuente, o al menos no insólito, en determinadas zonas geográficas, es inevitable en sí, y sobre todo, en sus efectos sobre la prestación de trabajo”. STS [C-A] 20 de julio 1995 (RJ 6282). En términos similares, SSTS [C-A] 25 de julio y 20 de noviembre 1989 (RJ 5629 y 7945); 1 julio y 21 noviembre 1991 (RJ 6617 y 8827); y 24 de junio 1994 (RJ 6492). En contra, STS [C-A] 19 de diciembre 1990 (RJ 9876). De todos modos, la imposibilidad objetiva también se ha declarado en supuestos que no estaban directamente vinculados con fenómenos meteorológicos. Por ejemplo, se entiende que la decisión municipal de clausurar las instalaciones de una gasolinera a consecuencia de un escape de gasolina en sus depósitos subterráneos, con pérdidas que se infiltraron en el subsuelo provocando intensos olores en edificios próximos y grave riesgo de explosiones, constituye un supuesto de fuerza mayor, porque no ha quedado acreditado que la pérdida de combustible se debiera a mal estado de unas instalaciones. STS [C-A] 20 de diciembre 1995 (RJ 9541) – vigente el ET’80. En cambio, no puede entenderse que concurre un supuesto de imposibilidad objetiva temporal, si la empresa sufre una ausencia de materias primas, en una empresa organizada con un sistema de trabajo “just in time”, pues, si bien “fue imprevisto, sí era previsible y evitable con un sistema de stocks diferente”. STSJ Cataluña 5 de mayo 1999 (AS 2552). La anulación en el registro sanitario y prohibición de venta de determinados productos farmacéuticos tampoco puede calificarse como un supuesto de fuerza mayor, dado que en tanto que es conocida la ordinaria sumisión de los mismos a esta posible decisión por parte de las autoridades administrativas sanitarias (en razón de los descubrimientos que puedan ir haciéndose acerca de sus posibles consecuencias nocivas para la salud), no concurre una “excepcional gravedad e inevitabilidad de un acontecimiento normalmente insólito y por eso no razonablemente previsible”. STS [C-A] 5 de abril 1988 (RJ 3257) – vigente el ET’80. Pronunciamento que sostiene

### ***2.3.- Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el trabajador: la suspensión por incapacidad temporal y por incapacidad permanente con previsible mejoría.***

La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal constituye (junto con la suspensión por maternidad), una de las primeras manifestaciones del principio de estabilidad en el empleo en la historia del Derecho del Trabajo español. La configuración *positiva* de la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva temporal originada por circunstancias que afectan a la salud del trabajador tiene un *reconocimiento positivo expreso* tardío. En efecto, no es hasta la promulgación del ET'80 que una norma jurídica declara expresamente que el contrato de trabajo queda suspendido por este tipo de contingencias. Hasta esta fecha, las sucesivas normas o bien han omitido toda referencia a los efectos suspensivos de este hecho obstativo sobre la relación de trabajo, dándolo por supuesto (LAT'1900, LAT'22 y CT'26), o bien se ha configurado como una excepción al juego de la resolución contractual (arts. 90.1 LCT'31 y 79.1 LCT'44)<sup>227</sup>.

El ET'80 marca un punto de inflexión, pues, en un intento de sistematización de los supuestos suspensivos sin precedentes en el ordenamiento jurídico español, declara – empleando los términos y las categorías conceptuales de la legislación de Seguridad Social<sup>228</sup> – que el contrato podrá suspenderse por “incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional de los trabajadores” (art. 45.1.c ET'80). Y, en la actualidad, siguiendo la misma técnica jurídica,

---

que en tanto que “Regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores la suspensión temporal y la extinción de los contratos de trabajo por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor, estas nociones, sin embargo, no son definidas en el texto legal, por lo que con referencia a la última de las mencionadas resulta acertado el criterio seguido en la sentencia impugnada de indagar su concepto en el artículo 76.6.º de la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944, en el que se habla de ‘incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar’. Se trata de una concepción que viene a entroncar con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, que se encuentra en otros preceptos legales”.

<sup>227</sup> Con anterioridad, recuérdese que el art. 90.1 LCT'31 establecía que la enfermedad y el accidente de trabajo no constituyen una causa de terminación del contrato. Precepto que se incorporará a la LCT'44 sin cambio alguno (art. 79.1). En cuanto a la reserva del puesto de trabajo, su reconocimiento no es expreso, sino que se implícitamente se desprende de lo previsto en el art. 79.2 LCT'44, respecto de la posibilidad de extinguir el contrato del trabajador interino tras la reincorporación del trabajador con el contrato en suspenso, en los supuestos de suspensión por cumplimiento del servicio militar o ejercicio de cargo público. Criterio que, por analogía, cabe exportar a todos los supuestos suspensivos. **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 76. Autor que asimismo pone de manifiesto las deficiencias de la norma respecto al tratamiento que debe darse al período de tiempo durante el cual el contrato queda en suspenso a efectos de la antigüedad.

Con posterioridad, en tanto que ni la LRL'76 ni el RDLRT'77 hacen mención alguna a esta cuestión, debe entenderse que al respecto sigue siendo aplicable la normativa de 1944. De hecho, la propia doctrina judicial tuvo de declarar que lo previsto en el art. 79.1 LCT'44 era un supuesto de suspensión contractual. SSTCT 13 de septiembre 1963 y 14 de abril 1964 (cit. **DE LLUIS Y NAVAS**. *Manual de Derecho Laboral*. Bosch. Barcelona, 1975, p. 230).

<sup>228</sup> En concreto, al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 2065/1974, 30 de mayo (BOE 20 y 22 julio 1974) – en adelante, TRLGSS'74. *Vid.* al respecto, **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*. RTS n.º 61, 1996, p. 9 y ss.



la suspensión de la relación de trabajo acaece por “incapacidad temporal de los trabajadores” (art. 45.1.c TRET)<sup>229</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que – desaparecido el párrafo 2º art. 131.bis.2. TRLGSS (“incapacidad permanente interina”) en virtud de la Ley 40/2007 - la incapacidad permanente sólo puede dar lugar a suspensión de la relación de trabajo según lo previsto en el art. 48.2 TRET (“invalidez permanente con previsible mejoría”). Supuesto suspensivo que será analizado separadamente.

Cambios que ponen de manifiesto una característica de este supuesto suspensivo: su estrecha conexión con el régimen jurídico de las prestaciones por incapacidad temporal e incapacidad permanente de la Seguridad Social; y, por consiguiente, la sujeción de una manifestación de la estabilidad en el empleo al dictado de los planteamientos de la Seguridad Social y, sobre todo, la tendencia a confundirlos. Lo que, desde la perspectiva de la conservación del negocio jurídico puede dar lugar a configuraciones, en apariencia, contradictorias.

### ***2.3.1.- La independencia sustantiva de la suspensión por incapacidad temporal prevista en el TRET con respecto a lo previsto en el Derecho de la Seguridad Social y su repercusión en la protección del empleo.***

Antes de proceder al análisis de este supuesto suspensivo, conviene tener presente que la suspensión de la relación de trabajo no es una consecuencia derivada de cualquier contingencia que afecte a la salud del trabajador, sino que empleando una técnica legislativa constante en la Historia del Derecho del Trabajo español, existe una correlación intrínseca con lo previsto en la normativa de la Seguridad Social (arts. 128 a 133 TRLGSS). Sin embargo, desde la perspectiva del principio de estabilidad en el empleo, con carácter previo al análisis de los elementos que configuran a la incapacidad temporal como supuesto suspensivo, conviene tratar de averiguar la intensidad de la dependencia sustantiva de la normativa laboral respecto de las categorías conceptuales del Derecho de la Seguridad Social. Esto es, si la suspensión de la relación de trabajo por tal contingencia sólo puede decretarse si se cumplen los requisitos establecidos en el TRLGSS o bien cabe entender que puede declararse con independencia de lo previsto en la misma<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Mediante la Ley 42/1994, 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se procede a la unificación de la “ILT” y la “invalidez provisional”, pasando a constituir una única contingencia denominada “incapacidad temporal”. *Vid.* al respecto, **GARCÍA MURCIA** y **ROMÁN VACA**. *Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\67).

<sup>230</sup> Como premisa de partida, debe tenerse en cuenta que “medidas de Seguridad Social una, y de Derecho del Trabajo, la otra, que tienen una finalidad político-social común o complementaria, que naturalmente discurren

Como se ha expuesto brevemente, el Derecho del Trabajo no ha prestado especial interés en la regulación de este supuesto suspensivo, por entender que se trataba de una cuestión que ya estaba regulada por la normativa específica sobre la materia<sup>231</sup>. De hecho, como se ha expuesto, la suspensión de la relación contractual por alteración sobrevenida en la salud del trabajador con efectos imposibilitantes es un reconocimiento sustantivo en la legislación laboral relativamente moderno (desde 1980)<sup>232</sup>. El motivo de este planteamiento, entendemos, reside en la idea del Legislador (ya apuntada con anterioridad) de admitir la suspensión de la relación de trabajo para aquellas situaciones (salvo casos excepcionales muy puntuales) en las que se pueda asegurar una renta sustitutiva al trabajador.

Pues bien, a partir de una interpretación histórica, cabría entender que la conceptualización de la alteración de la salud como causa suspensiva ha sido una tarea desvinculada del derecho sustantivo laboral, yendo siempre en paralelo al Derecho de los Seguros Sociales, primero, y de la Seguridad Social, más tarde. Produciéndose, siguiendo a VIDA SORIA, una remisión normativa en toda regla<sup>233</sup>. De tal modo que la suspensión de la relación de trabajo por dicha contingencia sólo puede operar si se produce una declaración formal de Incapacidad Temporal, de tal modo que la “duración de la situación suspensiva se prolonga el tiempo que duren las situaciones protegidas por la Seguridad Social”<sup>234</sup>. Sin embargo, existen argumentos que inducen a pensar que, al margen de la declaración formal de Incapacidad Temporal (en adelante, IT), la disminución de capacidad temporal provocada por una causa de índole patológica es susceptible de suspender la relación de trabajo<sup>235</sup>.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el art. 45.1.c) TRET se refiere a la “incapacidad temporal”, sin más. Por tanto, sin supeditar la suspensión de la relación de trabajo al cumplimiento de trámite formal alguno; y, a diferencia de la LCT’31 y la LCT’44, dicho

---

estrechamente interconectadas, pero que jurídicamente son diferentes y deben ser tratadas diferenciadamente”. **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 7.

<sup>231</sup> En este sentido, VIDA SORIA (en 1965) afirma que la regulación del accidente de trabajo, “como originador de responsabilidad para el empresario y como base para la construcción de un aseguramiento de peculiar carácter ha hecho descuidar, si no olvidar, este aspecto puramente contractual, típico de la relación de trabajo que es el de la suspensión temporal del contrato mismo, descuido u olvido que tanto afecta a la doctrina como a la legislación y a la jurisprudencia”. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 154 y 155.

<sup>232</sup> De hecho, en la legislación anterior al Estatuto las causas de suspensión del contrato debidas a incapacidad temporal en sentido amplio, se identificaban por su origen real, por su entidad física. Se hablaba así en la LCT 44 de ‘enfermedad’, ‘accidente de trabajo’, ‘maternidad de la mujer trabajadora”. **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 8 y 9.

<sup>233</sup> **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 10; y *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 9. En este sentido, MÁRQUEZ PRIETO afirma – al igual que un numeroso sector de la doctrina – que “el apartado c) del art. 45.1 se refiere a la incapacidad temporal de los trabajadores, realizando de esta forma una remisión a la normativa de la seguridad social, a la que pertenece dicha noción (arts. 128 ss LGSS)”. **MÁRQUEZ PRIETO**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 563.

<sup>234</sup> **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 9 y ss. Y de hecho, siguiendo al citado autor, la jurisprudencia trata de forma entrelazada el régimen jurídico de la causa suspensiva con el régimen jurídico de las prestaciones de Seguridad Social (p. 10).

<sup>235</sup> Compartiendo esta tesis, **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 9 y ss.

precepto (así como se precedente inmediato) no hace remisión alguna a la normativa específica sobre la materia<sup>236</sup>.

El análisis de la regulación normativa de la prestación económica por IT desvela nuevos argumentos. El parte médico de baja así como los partes de confirmación están configurados esencialmente como elementos de control desde la perspectiva del subsidio<sup>237</sup>; pero no para la suspensión de la relación de trabajo. De hecho, la propia normativa entiende que “es el acto que origina la iniciación de las actuaciones *conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio*”<sup>238</sup>. Además, la doctrina judicial ha relativizado la importancia de estos requisitos formales, incluso, para el reconocimiento del derecho a la prestación, acogiendo a criterios más “humanizadores”. En concreto, se ha afirmado que “la obligación que pesa sobre el trabajador beneficiario de presentar puntualmente los partes de confirmación - y algo similar ocurre con el parte de baja, cabe añadir ahora - no es un requisito constitutivo del derecho a percibir el subsidio, sino un requisito de tramitación acreditativo de que persiste - en el caso del de baja se inicia - la situación legal de IT, obligación que no tiene por qué exigirse con más rigor que a los facultativos la suya de expedirlos y tramitarlos, o que a la Inspección de Servicios Sanitarios - y en este caso al I.N.S.S. y a la propia Mutua recurrente - la de controlar los procesos”<sup>239</sup>.

Paralelamente, y como elemento de suma relevancia, debe tenerse en cuenta que el nivel de diligencia (o imputabilidad) exigido al trabajador para la suspensión de la relación de trabajo difiere sustancialmente del previsto en el Derecho de la Seguridad Social. Hasta el punto que puede afirmarse que cada institución se refiere a hechos obstativos no coincidentes. En efecto, sin perjuicio de su estudio con mayor detenimiento con posterioridad, baste apuntar que pueden darse contingencias en las que, pese a que el contrato no pueda suspenderse por constituir un incumplimiento contractual grave y culpable (y, por tanto, susceptible de ser resuelto por el empresario), el trabajador no pierde el derecho a la prestación por IT. En definitiva, en tanto que el concepto de inimputabilidad exigido difiere en uno u otro supuesto

---

<sup>236</sup> No obstante, un sector de la doctrina contemporánea a la LCT<sup>44</sup> hace una distinción entre el régimen jurídico sustantivo y el derecho al percibo del subsidio. En concreto, CARRO IGELMO entiende que en los supuestos en los que la incapacidad temporal del trabajador esté motivada por una imprudencia extraprofesional, si bien le faculta para el percibo del subsidio, no empece a la suspensión de la relación de trabajo, dado que “falta la *voluntariedad* de la producción de la lesión (...). *Él no la quiso, no la buscó*, aunque no empleó la debida diligencia en su función”. CARRO IGELMO. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 91.

<sup>237</sup> RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., nota 31, p. 109. Autora que, analizando la inculpabilidad del afectado en el acaecimiento de la incapacidad temporal, afirma que “una cosa es el reconocimiento del derecho a un subsidio por incapacidad y otra cosa muy distinta es el derecho del trabajador a ver suspendido el contrato de trabajo por imposibilidad de trabajar” (p. 111).

<sup>238</sup> [La cursiva es nuestra] art. 1.1 Decreto 575/1997, 18 de abril (BOE 24 de abril), regulador de determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal. Y, el art. 17.3 de la Orden 13 de octubre 1967 (BOE 4 de noviembre) que regula la prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria, establece que “el primer parte de confirmación de la incapacidad que *servirá para iniciar el cómputo del devengo del subsidio*, se expedirá al cuarto día de la baja, y los partes sucesivos se extenderán por semanas vencidas” [La cursiva es nuestra].

<sup>239</sup> STSJ La Rioja 10 de febrero 2005 (AS 452).

puede afirmarse que se trata de supuestos diferenciados (sin obviar, evidentemente, que tienen amplios espacios de intersección)<sup>240</sup>.

Por todo ello, cabe sostener que la conceptualización del hecho obstativo en el Derecho del Trabajo al previsto en el Derecho de la Seguridad Social no es totalmente coincidente. Es decir, resulta cada vez más difícil poder defender que desde el Derecho del Trabajo existe una remisión normativa al Derecho de la Seguridad Social en toda regla. Lo que, a la postre, quiere decir que, sin negar que debe concurrir un proceso patológico, la suspensión de la relación de trabajo no puede estar estrictamente condicionada a que se declare formalmente la IT según los parámetros del TRLGSS; ni, por ende, no está sometida al cumplimiento de los requisitos exigidos por el Derecho de la Seguridad Social.

Lo que, por otra parte, es coherente con la naturaleza dogmática de este supuesto suspensivo (imposibilidad objetiva temporal) y la voluntad del Legislador de mantener la estabilidad en el empleo. Planteamiento que, si bien permite una concepción de la suspensión más flexible, plantea ciertos inconvenientes, pues, la regulación existente al respecto brilla por su ausencia. Ahora bien, en este contexto, no queda más remedio que tratar de suplir estas lagunas acudiendo a lo previsto en el Derecho de la Seguridad Social. Lo que no deja de ser – por lo menos – paradójico.

### ***2.3.2.- La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal: condicionantes para su reconocimiento.***

Ante el silencio del TRET, no cabe más remedio que acudir a otras normas jurídicas. La descripción de la IT viene establecida en el art. 128 TRLGSS. Precepto que la define como aquellas situaciones derivadas de enfermedad común o profesional y de accidente, laboral o no, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo. Por consiguiente, para que el trabajador pueda ver suspendida su relación de trabajo (en principio) es imprescindible que concurren simultáneamente los siguientes requisitos: (2.3.2.1.-) que reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social; (2.3.2.2.-) que esté impedido para el trabajo; y (2.3.2.3.-) que la situación tenga carácter de temporalidad<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Planteamiento que quedaba fortalecido por el reconocimiento de efectos suspensivos de la incapacidad permanente - párrafo 2º art. 131. bis.2. TRLGSS (incorporado por la Ley 30/2005, 29 de diciembre, BOE 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y derogado por la Ley 40/2007) -, pues, conforme a dicha legalidad normativa era claro que el término “incapacidad temporal” ex art. 45.1.e) TRET no podía identificarse con el concepto empleado en el TRLGSS, debiéndose entender, para tratar de buscar una coherencia al sistema, que el primero hace referencia a un género de circunstancias que no se agotan con la expresión “incapacidad temporal” prevista en los arts. 128 y ss. TRLGSS.

<sup>241</sup> Criterios recogidos por la doctrina judicial. Así, entre otras, según la STSJ La Rioja 2 de septiembre 1999 (AS 2708) la contingencia de la IT se caracteriza por la concurrencia acumulativa de los siguientes elementos “a) Una alteración de la salud que exige recibir asistencia sanitaria con objetivos curativos, y b) que la intensidad y

### 2.3.2.1.- Asistencia Sanitaria.

Con carácter previo, conviene tener presente que debe existir un proceso patológico. Exigiéndose, aunque resulte obvio, que la lesión o el padecimiento no sólo exista, sino que también que el trabajador “debe estar en período activo”, debiendo “ser susceptible de determinación objetiva”<sup>242</sup>.

En cuanto a la asistencia sanitaria, está referida a la prestada por la Seguridad Social, es decir, que “concierna a la entidad gestora o colaboradora la constatación de la alteración de la salud, así como procurar la sanidad y en última instancia declarar el restablecimiento de la normalidad y aptitud para volver a trabajar”<sup>243</sup>. Requisito que, desde la perspectiva de la normativa de Seguridad Social, constituye un presupuesto objetivo de la situación protegida y un dato puramente “adventicio por cuanto se convierte en un medio de control médico sobre la situación de baja en el contrato, conteniendo así la prodigalidad en el uso de las prestaciones; pero a la vez necesario”<sup>244</sup>. Paralelamente, la asistencia sanitaria actúa como “elemento estrechamente vinculado a la transitoriedad del proceso patológico”. Esto es, la “asistencia sanitaria queda vinculada a la finalización del proceso patológico ya sea por curación, ya sea porque las lesiones tengan carácter definitivo, pues, si la asistencia sanitaria fuera manifiestamente insuficiente para superar la lesión debe producirse la propuesta de incapacidad permanente”<sup>245</sup>.

A pesar de ello, es ciertamente discutible que se trate de un requisito constitutivo, a los efectos de la institución suspensiva. Es decir, todas estas características están referidas al derecho a percibir la prestación económica, pero no puede admitirse que la suspensión de la relación de trabajo esté condicionada a que la asistencia sanitaria sea necesaria, ni tampoco que deba ser prestada por la Seguridad Social (sin negar que en la práctica esto sea lo normal). Especialmente, porque siguiendo a VIDA SORIA, el percibo de la prestación está “configurado

---

condicionamientos de dicha alteración de la salud determinen un efecto incapacitante para el trabajo habitual del beneficiario. Y cabe añadir un tercer elemento caracterizador, que le diferencia de la contingencia de invalidez permanente, cual es la temporalidad de la situación, en cuanto que se otorga la protección mientras subsista el proceso curativo y con un límite máximo de tiempo de doce meses, prorrogables por otros seis”. En la doctrina laboral, sin perjuicio de los que se citarán con posterioridad, entre otros, **GARCÍA NINET**. *La incapacidad temporal*. En “La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996, p. 18 a 25; y **ÁLVAREZ DE LA ROSA**. *Incapacidad temporal y maternidad*. RTS nº 53, 1995, p. 7 y ss.

<sup>242</sup> **TORTUERO PLAZA**. *La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas*. RTS nº 44/45, 1994, p. 33 a 35.

<sup>243</sup> **BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDIA y MOMPALER CARRASCO**. *Curso de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 366.

<sup>244</sup> **ALONSO OLEA**. *Instituciones de Seguridad Social*, cit. **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 339 y 340.

<sup>245</sup> Manteniendo el carácter esencial de la misma a efectos del nacimiento de la IT, **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*. Aranzadi. Pamplona, 2005, p. 30.

como un derecho y, como tal, facultativo en su ejercicio; y de su no actuación [poco probable -añadimos], no se debería derivar perjuicio alguno para el trabajador en el orden estrictamente contractual<sup>246</sup>. Lo que, por otra parte, no quiere decir que la suspensión de la relación de trabajo se reconozca de forma automática<sup>247</sup>, sino que cabe admitir otros medios de comunicación y de prueba distintos de los ordinarios<sup>248</sup>.

### **2.3.2.2.- Imposibilidad para el trabajo.**

El ordenamiento jurídico exige que la alteración de la salud que padece el trabajador, comprendiendo cualquier afección física o psíquica, tenga efectos imposibilitantes para el trabajo<sup>249</sup>. No obstante, como es sabido, esta imposibilidad física no es exigible en todos los supuestos, pues, los períodos de observación por enfermedad profesional también dan lugar a la baja del trabajador y a la declaración de IT, sin que efectivamente sea exigible la concurrencia de una imposibilidad que impida el cumplimiento de la prestación contractual<sup>250</sup>.

---

<sup>246</sup> **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 11 y 14; y *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 9, 10 y 13.

<sup>247</sup> En tal caso, es precisa la comunicación del trabajador (aunque también cabría admitir la iniciativa del empresario al respecto), **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 19.

<sup>248</sup> Cfr. **JOVER RAMÍREZ**. *La incapacidad temporal para el trabajo*, op. cit., p. 100 y 101.

<sup>249</sup> *Vid.* al respecto, extensamente, **TORTUERO PLAZA**. *La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas*, op. cit., p. 36 a 39. Lo que por otra parte plantea la cuestión de si el trabajador en situación de IT puede realizar otra actividad laboral. Esto es, si el efecto imposibilitante está referido en términos absolutos o genéricos. **HURTADO GONZÁLEZ**. *Arts. 128 a 135*. En “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social (Dir. Alarcón Caracuel)”. Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 851. El art. 132.1.b) TRLGSS declara que el subsidio por incapacidad temporal se extingue cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. En este sentido, si bien la jurisprudencia entiende que dicha conducta puede constituir una causa justa de despido por transgredir la buena fe contractual (SSTS 16 de julio 1982, RJ 4630; 9 y 24 de mayo 1984, RJ 2993 y 3076; 14 de marzo 1985, RJ; 3 de febrero 1987, RJ 769; 23 de julio 1990, RJ 6455); debe tenerse en cuenta que este criterio se ha relativizado en aquellas ocasiones en las que la actividad desarrollada es esporádica y no interfiere en la recuperación del trabajador (entre otras, SSTS 22 de septiembre 1988, RJ 7095; y 18 de julio 1990, RJ 6423; y SSTSJ Cataluña 18 de mayo 1993, AS 2519; Cantabria 25 de agosto 1999, AS 3667; y 7 de diciembre 2000, JUR 78865). No obstante, la STS 19 de febrero 2002 (RJ 4364) ha manifestado que cabe la posibilidad de compatibilizar la IT con el trabajo en situaciones de pluriactividad (se trata de “un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes - una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria -, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal - art. 128.1 LGSS -, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro”). Y, las SSTSJ País Vasco 10 de junio, 30 de septiembre y 28 de octubre 2003 (AS 2354, 3550 y 3783), lo ha admitido en situaciones de pluriempleo. En términos similares, SSTJ Navarra 21 de marzo 2003 (AS 1758). Un análisis de esta cuestión en la doctrina, **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., p. 220 a 224; **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 12 y 13; y *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 11 y 12; y **GARCÍA NINET**. *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por incapacidad temporal*. RTS nº 61, 1996, p. 83 a 88.

<sup>250</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 339 y 340. Para **RODRÍGUEZ COPÉ**, en estas situaciones, “ante la presencia de una declaración formal de IT, con prescripción de baja en el trabajo se activará automáticamente el mecanismo suspensivo con independencia de que el trabajador pueda o no continuar desempeñando su actividad. El requisito de la imposibilidad real para trabajar cede ante la declaración formal de la situación de IT, quedando, pues, relegado aquél a un segundo plano. Es pues, la

En cuanto al origen de la imposibilidad física, la legislación laboral tradicionalmente ha exigido la inimputabilidad del trabajador en su acacimiento, es decir, que la causa que motiva la contingencia que padece revista un carácter involuntario, ajeno a su determinación volitiva. Lo que desde la perspectiva de la dogmática jurídica es lógico, pues, si no fuera de este modo se confundiría con el incumplimiento contractual imputable. De hecho, tradicionalmente, la legislación laboral, siguiendo la lógica del Derecho común, ha exigido el comportamiento no imputable del trabajador, pese a que, dada la imprecisión, su configuración normativa ha planteado numerosos inconvenientes<sup>251</sup>. En definitiva, esta configuración pone de manifiesto que el límite de la institución viene dado por la propia lógica resolutoria y la delimitación de la responsabilidad contractual<sup>252</sup>. En cambio, la regulación del subsidio por IT ha tomado como punto de partida una concepción de la imputabilidad más flexible, en aras a incrementar la protección del trabajador<sup>253</sup>. Planteamiento lógico desde el instante que el ordenamiento asume una concepción de la responsabilidad que trata de asumir los nuevos peligros surgidos en el desarrollo de la civilización industrial.

Ahora bien, esta disparidad refuerza la tesis de la conceptualización de la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad física temporal diferenciada de los parámetros conceptuales del Derecho de la Seguridad Social. De hecho, en la actualidad esta diferenciación es más evidente que antaño. Como se sabe, el TRET, al igual que el ET'80, no hace referencia alguna a la participación del trabajador en el acacimiento de la contingencia.

---

concepción formal de un concreta situación como de IT y no el impedimento real para prestar trabajo, el elemento fundamental a tener en cuenta". **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 106.

<sup>251</sup> En el derecho sustantivo, la LCT'31 es la primera norma que exige la concurrencia de dicho elemento. El art. 90.1º LCT'31 se refiere a que "la incapacidad no pueda atribuirse al trabajador". Regla que se incorpora al art. 79.1º LCT'44 sin cambios. Dicción criticada por la doctrina por resultar poco concreta. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 107. En cuanto al concepto de la expresión "atribución", VIDA SORIA – siguiendo a RIVA SANSEVERINO – sostiene un planteamiento restringido o estricto, sólo referido a las contingencias que sean "debidas a circunstancias objetivas no imputables", por consiguiente, excluyendo a la imprudencia en general. VIDA SORIA, *op. cit.*, p. 111. En términos similares, **CARRO IGELMO**, entiende que dicha expresión se refiere a que la incapacidad no haya sido *querida o buscada* por el trabajador, como por ejemplo, en los supuestos de simulación o provocación de la enfermedad. *Vid.* al respecto, **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 67 a 69. En cambio, **BENÍTEZ DE LUGO** propone un planteamiento más estricto, pues, entiende que el término "atribuible" también integra los supuestos de culpabilidad del trabajador (esto es, "falta de pericia obligada, falta de previsibilidad, temeridad, infracción de las órdenes del empresario, etc."). **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo, op. cit.*, p. 253.

<sup>252</sup> Recuérdese que la configuración de la suspensión contractual se articula entorno a la contención de la facultad resolutoria del acreedor, precisamente, porque el incumplimiento del deudor se debe a circunstancias inimputables (salvo en casos muy puntuales, como por ejemplo, en la huelga).

<sup>253</sup> El art. 2.2º LAT'22 exime de responsabilidad al empresario cuando el accidente se debe a la imprudencia del trabajador, salvo que se trate de "imprudencia profesional". Regla que se incorpora sin cambios relevantes al art. 145 CT'26. Con anterioridad, la LAT'1900 no establece dicha distinción, eximiendo al empresario únicamente en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito extraño al trabajo (art. 12 LAT'1900). Posteriormente, siguiendo a sus precedentes, el art. 6 LAT'56, recogiendo los criterios previstos en las normas precedentes, establece que "la imprudencia profesional, o sea la que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y derivada de la confianza que éste inspira, no exime al patrono de responsabilidad". Por su parte, el art. 130 TRLBSS'66 establece que el subsidio por incapacidad laboral transitoria podrá ser denegado cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener dicha prestación; o cuando la incapacidad sea debida a consecuencia de imprudencia temeraria del propio beneficiario. Regla idéntica a la prevista en los arts. 130 TRLGSS'74 y 132 del Decreto Legislativo 10/1994, 20 de junio (BOE 29 de junio), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

En comparación con la normativa anterior, cabría defender que, en tanto que ya no se hace referencia al comportamiento del trabajador, la inimputabilidad ha dejado de ser un elemento relevante a efectos de la suspensión de la relación de trabajo. Esto es, la imposibilidad objetiva derivada de un hecho sobrevenido provocado por el propio trabajador no empecería a la declaración de la suspensión de la relación de trabajo. Sin embargo, esta interpretación entraría en conflicto con lo previsto en el art. 54 TRET, esto es, la posibilidad de resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable (en concreto, por trasgresión de la buena fe contractual y/o por abuso de confianza en el desempeño del trabajo).

Por otra parte, en la redacción actual del art. 132 TRLGSS<sup>254</sup>, a diferencia de su precedente, la conducta temeraria del trabajador deja de ser un motivo para denegar la percepción del subsidio (aunque si actúa fraudulentamente - debe entenderse con dolo - no tiene derecho al mismo, *ex* art. 132.a TRLGSS)<sup>255</sup>.

Es decir, mientras que la culpa “impide” la suspensión de la relación de trabajo, pudiéndose subsumir en un supuesto resolutorio, en cambio, no obsta a que el trabajador tenga derecho al subsidio. Mientras que la suspensión de la relación de trabajo sólo se produce si el origen de la imposibilidad temporal no radica en el comportamiento grave y culpable del trabajador, el nacimiento de la prestación sólo se deniega si ha incurrido en dolo (si actúa fraudulentamente). Por consiguiente, si se acepta que la configuración sustantiva de la suspensión por imposibilidad física temporal se identifica con lo previsto en el Derecho de la Seguridad Social es inevitable que se produzcan ciertos desajustes y soluciones jurídicas contradictorias, pues, en estos supuestos, según la normativa actual, el comportamiento culposo (no diligente) del trabajador habilitaría a la declaración simultánea de la suspensión (art. 45.1.c TRET y 132.1.a TRLGSS) y de la resolución (art. 54 TRET). Planteamiento que no puede admitirse jurídicamente. Además, si se aceptara que sólo cabe la suspensión cuando concurren los elementos delimitadores de la IT conforme a la definición dada por el Derecho de la Seguridad Social, declarándose la suspensión de la relación de trabajo cuando lo jurídicamente oportuno sería la resolución, se estaría repercutiendo sobre el empresario una carga excesiva, pues, asumiría los riesgos derivados de los comportamientos temerarios del trabajador (calificables, sin duda, como un supuesto de despido).

En tanto que el comportamiento culposo del trabajador no le exime, *a priori*, de su responsabilidad contractual, pero, al mismo tiempo, no obsta que tenga derecho al subsidio, sólo puede afirmarse que ambas instituciones se refieren a conceptos distintos. Es decir, no

---

<sup>254</sup> Según la redacción establecida por el art. 32.9 Ley 42/1994.

<sup>255</sup> No obstante, un sector de la doctrina entiende que el reconocimiento del subsidio puede seguir negándose si la incapacidad es provocada por la imprudencia temeraria del trabajador en aplicación de la OM 13 de octubre 1967, pues, no ha sido derogada expresamente. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 36, p. 110 y 111. Sin embargo, cabe entender que en lo relativo a esta cuestión debe entenderse que dicha orden ha quedado derogada por contravenir, en parte, el contenido de la Ley 42/1994.



puede defenderse la plena identificación de la suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad física temporal y la IT según la definición dada por el Derecho de la Seguridad Social, porque responden a contingencias diferenciadas<sup>256</sup>. Ahora bien, pese a admitirse que ambas instituciones siguen sendas distintas, no impide que tengan espacios de intersección y que, por tanto, en determinadas circunstancias vayan en paralelo.

### ***2.3.2.3.- Temporalidad de la imposibilidad para el trabajo: régimen jurídico de la duración de la incapacidad temporal.***

Dada la posibilidad de que la IT se prolongue durante un largo período de tiempo y que, en muchos casos, pese a ello, resulte sumamente difícil sostener que la recuperación del trabajador en un futuro no es posible en modo alguno, la configuración jurídica de este supuesto suspensivo plantea un conflicto de difícil solución, pues, debe conjugarse el efecto imposibilitante temporal del hecho obstativo, la voluntad del Legislador y del trabajador por la estabilidad en el empleo y la satisfacción del interés del acreedor<sup>257</sup>.

Y, la evolución histórica de este supuesto suspensivo evidencia el intento del Legislador de dar respuesta a este conflicto. Desde la promulgación de la LAT<sup>1900</sup>, el Legislador es consciente de que la obligación empresarial de mantener la vigencia del contrato durante la IT del trabajador (con el consiguiente deber de reservar el puesto de trabajo) no puede ser ilimitada, por lo que dicha obligación está sometida a un término máximo. De este modo se presume que, transcurrido el plazo legal, el interés del acreedor por la prestación del deudor decae y, pese a que el cumplimiento de la prestación pueda ser posible en un futuro mediato, se le faculta para resolver el contrato. De todos modos, conviene no olvidar que, sin necesidad de superar dicho plazo máximo, los parámetros descritos en el art. 52.d) TRET limitan la protección dispensada en el art. 45 TRET<sup>258</sup>.

Sin embargo, la legislación laboral ha sido reacia a regular dicho plazo máximo<sup>259</sup>, delegándolo a la normativa específica sobre la materia; y estableciéndose una correlación directa entre la duración de la suspensión y la duración de la prestación económica. Es decir, la suspensión dura lo que dure la prestación por IT a efectos de la Seguridad Social. Lo que, como

---

<sup>256</sup> De hecho, para el percibo de la prestación por incapacidad temporal no es necesario que el trabajador se encuentre con el contrato en suspenso, pues, puede percibirla una vez extinguido el contrato mientras percibe la prestación por desempleo (art. 222.3 TRLGSS). *Vid.* al respecto, **PÉREZ ALONSO**. *La incapacidad temporal y los Subsidios por Desempleo tras las recientes reformas en materia de Seguridad Social*. AL n° 12, 2002 (versión digital); y **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>257</sup> Dilema apuntado por la doctrina desde hace ya algún tiempo. **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

<sup>258</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>259</sup> Lo que contrasta con la regulación de la maternidad.

se analizará, suscita ciertos desajustes en aquellos supuestos en los que el trabajador no tenga reconocido derecho a prestación económica alguna. Por este motivo, debe diferenciarse los supuestos suspensivos que van acompañados del percibo del subsidio por incapacidad laboral de los que no.

### ***2.3.2.3.1.- Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador con derecho al subsidio por incapacidad temporal.***

En el estudio de la duración del período de suspensión de la relación de trabajo por IT en función de la duración del subsidio económico pueden identificarse cinco hitos normativos fundamentales. Paralelamente a la indiscutible importancia de la LAT<sup>1900</sup>, la promulgación de la Ley 193/1963, 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y el Decreto 907/1966, 21 de abril, que aprueba el Texto articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social (en adelante, 'TRLBSS'66), constituyen la siguiente referencia normativa relevante. En efecto, durante largo tiempo, el interés del Legislador se ha centrado en dar cobertura a las contingencias profesionales y, especialmente, al accidente de trabajo; mientras que la protección ante los riesgos no profesionales ha tenido un reconocimiento más tardío. Frente a la precedente ordenación diversificada, el mérito de la Ley de Bases de 1963 consiste en ofrecer una regulación unitaria a la protección de la incapacidad laboral transitoria (Base Séptima). Sin embargo, el TRLBSS'66 quiebra este principio al atender la misma contingencia mediante dos instituciones: la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional<sup>260</sup>. A continuación, la Ley 42/1994, 30 de diciembre<sup>261</sup>, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, constituye el otro gran hito normativo en la evolución de la regulación de este subsidio porque unifica la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional en la denominada IT. Posteriormente, la Ley 30/2005, 29 de diciembre<sup>262</sup>, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, procede a una profunda modificación del subsidio, especialmente, con el fin de reducir su duración y con ello el coste que genera. Reforma que ha sido parcialmente modificada por la Ley 40/2007, 4 de diciembre 2007<sup>263</sup>, sobre materias de Seguridad Social.

El Decreto Legislativo 1/1994, 20 de junio<sup>264</sup>, que Aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, 'TRLGSS'), no modificará, en lo que aquí interesa, el régimen de la ILT y de la invalidez provisional previsto en la normativa precedente

---

<sup>260</sup> **BARCELÓN COBEDO.** *El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social.* Aranzadi. Pamplona, 2002, nota 2, p. 94.

<sup>261</sup> BOE 31 de diciembre.

<sup>262</sup> BOE 30 de diciembre.

<sup>263</sup> BOE 5 de diciembre.

<sup>264</sup> BOE 29 de junio.

(TRLGSS'74). Se mantiene el fraccionamiento de la IT así como su duración<sup>265</sup>. Paralelamente, también se mantiene el requisito de la carencia para las contingencias que tienen origen en una enfermedad común (art. 130.a TRLGSS).

La distinción entre las situaciones de ILT e invalidez provisional, pese a las críticas de la doctrina, por entender que fragmentaba lo que en esencia constituía una sola situación<sup>266</sup>, y la sospecha de que la invalidez provisional propiciaba potenciales fraudes a la Seguridad Social<sup>267</sup> se mantiene por poco tiempo. En efecto, como se sabe, a partir de la promulgación de la Ley 42/1994 ambas instituciones se refunden y se recupera la terminología originaria de la LAT'1900, empleándose el término "IT"<sup>268</sup>. Sin embargo, el interés del Legislador no se circunscribe a meras reformulaciones terminológicas, sino que con la reforma se pretende disminuir los costes del sistema. Así, en comparación con el período resultante de la suma de las prestaciones de ILT y de invalidez provisional, se acorta la duración de esta prestación por IT<sup>269</sup>.

El régimen del subsidio de IT ha sido objeto de reforma por la Ley 30/2005, con el fin de poner coto a los abusos en su disfrute y a reducir, nuevamente, su duración<sup>270</sup>. Lo que, evidentemente, ha repercutido directamente en la continuidad de la relación de trabajo. Veamos su régimen jurídico.

---

<sup>265</sup> Arts. 128.1.a) y b) y 135.1.d) TRLGSS. No obstante, respecto al régimen de extinción del subsidio, como novedad, se establece la posibilidad de su extinción si "El subsidio que pudiera corresponder podrá también ser suspendido cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado (art. 132.2 TRLGSS).

<sup>266</sup> En efecto, la doctrina entiende que las situaciones de ILT e invalidez provisional vienen a ser dos fases dentro de una misma contingencia, pues, "daban respuesta a una misma dolencia de forma sucesiva y con mecanismos sustancialmente equiparables". **GARCÍA MURCIA y ROMÁN VACA**. *Nuevas pantas en la regulación de la incapacidad laboral*, *op. cit.* (versión digital). Autores que entienden que "en realidad, la invalidez provisional servía para prolongar la situación de incapacidad temporal durante un tiempo suplementario (hasta seis años como máximo) con el fin de comprobar la evolución de las dolencias y lograr un diagnóstico más certero y a ser posible definitivo".

<sup>267</sup> **GARCÍA MURCIA y ROMÁN VACA**. *Nuevas pantas en la regulación de la incapacidad laboral*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>268</sup> Recogiendo el criterio de la doctrina que critica el empleo de la expresión "incapacidad temporal" frente a su precedente "incapacidad laboral transitoria", **JOVER RAMÍREZ**. *La incapacidad temporal para el trabajo*, *op. cit.*, p. 55 y ss.

<sup>269</sup> De hecho, se hace coincidir el período de IT con el de la ILT (12 meses, prorrogables seis más). Lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que la Ley 42/1994, en cierto sentido, se ha limitado, por un lado, a derogar la invalidez provisional; y, por otro, a modificar la denominación de la ILT. **GARCÍA MURCIA y ROMÁN VACA**. *Nuevas pantas en la regulación de la incapacidad laboral*, *op. cit.* (versión digital). Paralelamente, en determinadas circunstancias – siempre que situación clínica del interesado aconsejara la demora de la calificación, *ex* párrafo 2º art. 131 bis.2 TRLGSS - se posibilita la continuidad de la prestación de IT durante un período máximo de 30 meses (frente a los seis años de la suma de la ILT y la invalidez provisional) – calificándose como una "cuasi-contingencia sin nombre" (**ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA**. *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas. Madrid, 2000, p. 262 y 263). De todos modos, la jurisprudencia interpreta que el beneficiario tiene derecho a la prestación por IT aunque se desborde del plazo absoluto de treinta meses si la calificación de incapacidad permanente se prolonga más allá, ya que el retraso de la Administración no debe perjudicar al beneficiario (STS 1 de diciembre 2003, RJ 1932). En definitiva, salvo que concurra esta circunstancia, con la reforma de la Ley 42/1994 la duración de la contingencia se reduce en 42 meses. Régimen que, como se analizará, ha sido nuevamente objeto de reforma.

<sup>270</sup> **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*. ASoc nº 3, 2006, versión digital (BIB 2006\637). Reforma que ha sido criticada por la técnica legislativa empleada (Ley de Presupuestos) y por los numerosos aspectos que han quedado sin amparo normativo. *Vid.* **SEMPERE NAVARRO**. *Incapacidad laboral larga y recurrente*. RPJUR nº 33, 2005, versión digital (BIB 2005\2736).

La duración de la prestación de IT puede ser de 12 meses, prorrogables en 6 más “cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación” (párrafo 1º del art. 128.1.a TRLGSS). Es importante advertir que a partir de la Ley 30/2005, la prórroga tiene un carácter absolutamente excepcional y extraordinario<sup>271</sup>.

Sin embargo, esta disposición presenta numerosas particularidades cuando se analiza el régimen de extinción de la prestación y el tránsito hacia la incapacidad permanente. Momento en el que el Derecho de la Seguridad Social articula una serie de cautelas, con la pretensión de cerciorarse de la necesidad o no de abonar la correspondiente prestación. Lo que motiva (paradójicamente, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo), la prolongación de la situación suspensiva.

La situación de IT puede darse por finalizada por varios motivos, sin que se pueda establecerse una correlación entre el alta (y consiguiente extinción del subsidio) y la plena recuperación del trabajador afectado<sup>272</sup>. En concreto, según el art. 131 bis.1 TRLGSS, la extinción de la prestación por IT puede darse en las situaciones en las que la entidad gestora declara o bien el alta médica por transcurso del tiempo máximo establecido; o bien, por

---

<sup>271</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Incapacidad laboral larga y recurrente*, op. cit. (versión digital). Conforme a lo previsto en la D. Ad. 48ª Ley 30/2005 que modifica el art. 128.1 TRLGSS, todas las prórrogas que superen los 12 meses deberán ser reconocidas sólo por el INSS a los efectos de la prestación económica (párrafo 2º art. 128.1.a TRLGSS). Este cambio normativo altera el criterio jurisprudencial (SSTS 19 de junio, RJ 7559; 20 de octubre 1993, RJ 8056; 28 de febrero 1998, RJ 2219; y STSJ Baleares 28 de octubre 2003, JUR 61207) que entendía que el abono del subsidio, se hacía efectivo una vez presentados los partes de baja y confirmación, esto es, no estaba condicionado a la previa solicitud del beneficiario. En cambio, a partir de 1 de enero 2006, es necesaria la solicitud expresa (del interesado o bien de oficio), dado que el reconocimiento de la prórroga de seis meses deberá ser también expreso. **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital); **ALONSO OLEA** y **TORTUERO PLAZA**. *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit., p. 262 y 263; y **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., p. 178.

Por otra parte, para el cómputo del período máximo deben tenerse en cuenta las situaciones de observación y recaída (art. 128.2 TRLGSS). En este sentido, el art. 9.1.2º de la Orden 13 de octubre 1967 (BOE 4 de noviembre), que regula prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria, establece que “si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viene interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad”. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, según la STS 8 de mayo 1995 (RJ 3755), “solamente las enfermedades de la misma naturaleza producen, en sus sucesivas recaídas, la acumulación de los períodos correspondientes, a los efectos de determinar la duración máxima de la incapacidad laboral”. Aunque matiza que procederá la acumulación cuando las sucesivas dolencias respondan “a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones”. En términos similares, SSTS 26 de septiembre 2001 (RJ 2002\326); 7 de abril 1998 (RJ 2691); y 10 de diciembre 1997 (RJ 9311). Un análisis exhaustivo de los conflictos planteados por las situaciones de recaída en, **JOVER RAMÍREZ**. *La incapacidad temporal para el trabajo*, op. cit., p. 69 a 78; y **SEMPERE NAVARRO**. *Incapacidad laboral larga y recurrente*, op. cit. (versión digital); **FERNÁNDEZ URRUTIA**. *La protección por incapacidad temporal en los supuestos de larga enfermedad de trabajadores autónomos*. ASoc nº 7, 2003, versión digital (BIB 2003\880); **HURTADO GONZÁLEZ**. *Arts. 128 a 135*, op. cit., p. 857 y 858; y **MUÑOZ MOLINA**, op. cit., p. 179 y ss.

Según el nuevo párrafo 2º art. 128.1.a) TRLGSS (conforme a la redacción dada por la Ley 30/2005), el INSS es el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando se produzca en un plazo de seis meses posterior al alta médica que la propia Entidad hubiere acordado al finalizar una IT previa por agotamiento de su duración máxima.

<sup>272</sup> Como sostiene **BARCELÓN COBEDO**, “el alta médica no aparece, curiosamente, como un concepto estrictamente médico cuya existencia signifique la sanación de unas lesiones sino que más bien responde a criterios de incapacidad condicionada a tiempo. (...) La concesión del alta médica no significa, necesariamente, que el sujeto haya recuperado la capacidad para el trabajo perdida; por el contrario (...), en la generalidad de situaciones, aquélla sólo implica que la prestación de la incapacidad temporal debe quedar extinguida para dar paso a la incapacidad permanente”. **BARCELÓN COBEDO**. *El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, op. cit., p. 116.

curación total, o bien con propuesta de lesiones permanentes no invalidantes o de incapacidad permanente parcial; o bien, si se ha reconocido al sujeto como beneficiario de una pensión de jubilación; o bien, si no ha comparecido de forma injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes médicos establecidos por los médicos de las Mutuas o del INSS; o bien, si tiene lugar el fallecimiento del sujeto.

De todas estas posibles situaciones, a los efectos de este estudio, interesan los supuestos en los que la entidad gestora declara el *alta médica con o sin declaración de permanencia* (a.- y b.-)<sup>273</sup> y el *alta médica por agotamiento del plazo de IT* (c.-)<sup>274</sup>.

### ***a.- Alta médica sin propuesta de declaración de incapacidad permanente***

En caso de disconformidad con la resolución de la entidad gestora que pone fin a la IT, sin propuesta de invalidez permanente (esto es, alta médica por curación, o con reconocimiento de incapacidad permanente parcial o lesiones permanentes no invalidantes, o por no cumplir con el requisito de la carencia para que se le reconozca la prestación por incapacidad permanente<sup>275</sup>), el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo, aunque impugne la resolución de la entidad gestora<sup>276</sup>. Según la STS 22 octubre 1991<sup>277</sup>, dicha resolución tiene una eficacia ejecutiva directa sobre la relación de aseguramiento social, ya que supone la declaración de la capacidad del actor para trabajar, haciendo terminar el derecho a la asistencia sanitaria y al percibo del subsidio correspondiente. Pero, paralelamente, este mismo acto tiene una proyección indirecta o refleja sobre la relación laboral que impone al trabajador la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación, como de acreditar que, pese al alta médica o la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente, subsiste una situación de IT que impide la reincorporación al trabajo<sup>278</sup>. En caso

---

<sup>273</sup> Supuestos, por tanto, en los que se presupone que no se ha agotado el plazo máximo.

<sup>274</sup> En los supuestos por incomparecencia injustificada a las convocatorias y exámenes médicos, a pesar de que puede extinguirse la prestación por IT, el trabajador puede seguir estando incapacitado, planteándose si la relación de trabajo permanece suspendida o no. Extremo que se examinará en el apartado relativo a las situaciones suspensivas que no van aparejadas con el percibo del subsidio.

<sup>275</sup> STS 6 de febrero 1998 (RJ 1641).

<sup>276</sup> En tal caso, el trabajador está obligado a entregar al empresario el correspondiente parte de alta durante las 24 horas posteriores a su expedición. Apartado Segundo del Art. 8.2 Orden 19 de junio 1997 (BOE 24 de junio), que desarrolla el Decreto 575/1997, 18 de abril, sobre determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

En la doctrina, SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA entiende que “habría que entender que la impugnación por el trabajador del alta médica, comunicada al empresario, prolongaría la suspensión del contrato de trabajo. Sólo cesaría ésta con la firmeza del alta”. SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA. *Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\815). En contra, RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 121 y 122.

<sup>277</sup> RJ 7745.

<sup>278</sup> En concreto - siguiendo la exposición de la STS 22 de octubre 1991 (RJ 7745) - “el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación

contrario, debe entenderse que, si el trabajador no se ha puesto a disposición del empresario cuando fue dado de alta, el empresario puede proceder a la resolución contractual por incumplimiento (no asistencia al trabajo)<sup>279</sup> o se puede presumir una voluntad de desistimiento en la continuación de la relación laboral<sup>280</sup>.

### ***b.- Alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente.***

Por otra parte, el *alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente* conlleva la extinción de la situación de IT (párrafo 1º art. 131 bis.1 TRLGSS). Sin embargo, hasta que no se declare la incapacidad permanente, esto es, hasta que se le sean calificadas las lesiones que padece el trabajador, se entienden prorrogados los efectos de la IT (párrafo 1º art. 131 bis.3 TRLGSS)<sup>281</sup>. Criterio que no es aplicable en los supuestos de alta con reconocimiento de una

---

y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa”. En términos similares, SSTS 18 de diciembre 2000 (RJ 10421); 15 de abril 1994 (RJ 3249); y 2 de marzo 1992 (RJ 1609); y SSTSJ Asturias 26 de diciembre 2003 (AS 2004\231); Cataluña 17 de julio 2002 (JUR 245974); Navarra 28 de abril 2000 (AS 1018); Cataluña 9 de diciembre 1999 (AS 2000\404); y Andalucía (Málaga) 17 de abril 1998 (AS 2336).

Situación denominada por la doctrina judicial como “presupuestos fácticos de los que se colige una real situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación”. SSTSJ Cataluña 10 de mayo 1997 (AS 1956); y Canarias (Las Palmas) 4 de septiembre 1998 (AS 4245).

<sup>279</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 17 de abril 1998 (AS 2336).

<sup>280</sup> No obstante, como sostiene la STS 21 de noviembre 2000 (RJ 1427) debe hacerse una distinción entre el despido por faltas de asistencia de la dimisión del trabajador. Así, “para que exista la causa extintiva en examen es preciso que ‘se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral’; en esta línea, y a los efectos de delimitar el llamado abandono frente al despido disciplinario por falta de asistencias al trabajo, se subraya que éstas no pueden considerarse, objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo; en cualquier caso, para valorar el propósito del trabajador ‘hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral’ (STS 3 de junio 1988, RJ 5212)”. En términos similares, STS 27 de junio 2001 (RJ 6840). *Vid.* también SSTSJ Galicia 28 de enero 2005 (JUR 63036); y 30 de septiembre 2004 (AS 2897); Cataluña 17 de julio 2002 (JUR 245974). Un análisis doctrinal al respecto en, **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 201 y 202.

<sup>281</sup> En términos similares, Apartado 3 D. Ad. 3ª Orden 18 de enero 1996 (BOE 26 de enero) de Aplicación y desarrollo del Decreto 1300/1995, 21 de julio 1995, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. *Vid.* al respecto extensamente, **BARCELÓN COBEDO**. *El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, *op. cit.*, nota 50, p. 122 y 123. Siguiendo la exposición de la citada autora (p. 124 y 125), una vez que el INSS emite la correspondiente resolución caben tres posibles situaciones: 1) La consideración de que el expediente debe seguir abierto, pues, todavía no es posible calificar las lesiones (en tal caso, se produce una prórroga de los efectos de la IT); 2) La consideración de que las lesiones son definitivas pero no constitutivas de una incapacidad permanente (en tal caso, el sujeto debe reincorporarse a su puesto de trabajo, pues, se entiende que ha recobrado su capacidad, sin perjuicio de la facultad de impugnar la resolución); 3) La consideración de que las lesiones no son constitutivas de incapacidad permanente (en tal caso, se aplica el párrafo 3º del art. 131 bis.3 TRLGSS).

Debe tenerse en cuenta que “el derecho a la percepción de la mencionada prestación se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador interesado [y no en la fecha de notificación], tanto si declara la existencia de tal incapacidad como si la deniega; puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta esa resolución es ‘el momento de la calificación de incapacidad permanente’”. STS 20 de enero 2000 (RJ 983). Criterio seguido por las SSTS 11 de julio 2000 (RJ 7177); 12 de enero, 17 de mayo, 11 y 30 de abril 2001 (RJ 766, 5466, 4866 y 5129); y 30 de abril 2002 (RJ 6158).

incapacidad permanente parcial<sup>282</sup>; o bien de una lesión permanente no invalidante<sup>283</sup>. Fuera de estos casos, la prórroga de los efectos de la IT, a efectos de la estabilidad en el empleo, implica que el trabajador no está obligado a reincorporarse a su puesto de trabajo, pues, se entiende que el contrato permanece en suspenso<sup>284</sup>.

### *c.- Alta médica por agotamiento del plazo.*

Finalmente, debe analizarse los supuestos de *alta médica por agotamiento del plazo*. El art. 131 bis.2 TRLGSS establece de un modo indirecto la posibilidad de que la situación de IT se prolongue durante un período de tiempo superior al máximo legal (12 o 18 meses)<sup>285</sup>. En concreto, se establece que transcurrido dicho plazo máximo “se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente”<sup>286</sup>. Período en el que, pese a estar extinguida la IT, se prorrogan sus efectos hasta la declaración de la incapacidad permanente (párrafo 2º art. 131 bis.3 TRLGSS)<sup>287</sup>; por lo que la relación de trabajo permanece en suspenso<sup>288</sup>.

---

<sup>282</sup> STS 26 de octubre 1999 (RJ 7555).

<sup>283</sup> Entre otras, SSTS 29 de mayo 1995 (RJ 4011); 5 de marzo 1999 (RJ 2065); y 24 de noviembre 2003 (RJ 2004\291). En ambas situaciones (incapacidad permanente parcial y lesiones permanentes no invalidantes), el trabajador no tiene derecho al percibo del subsidio, “ya que no existe razón para mantener el subsidio a favor de quien se encuentra en condiciones de reincorporarse a su trabajo”. **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., p. 205.

<sup>284</sup> En cambio, desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social, pese a mantenerse el percibo del subsidio, desaparece la obligación de cotizar (a no ser que la resolución posterior del INSS no reconozca la situación de incapacidad permanente, en cuyo caso, la obligación de cotizar se mantiene hasta el plazo máximo de duración de la IT o bien hasta la extinción del contrato – párrafo 3º del art. 131 bis.3 TRLGSS).

<sup>285</sup> Redacción dada por la D. Ad. 48ª Ley 30/2005.

<sup>286</sup> En este caso, como advierte **FERNÁNDEZ ORRICO**, parece que existe una discordancia entre el plazo de tres meses, y los preceptos que señalan que el plazo máximo para resolver el procedimiento de calificación de invalidez permanente, pues, se refieren a 135 días - 4 meses y medio (art. 6 Decreto 1300/1995, 21 de julio; art. 14 Orden 18 de enero 1996; y Decreto 286/2003, de 7 de marzo). Sin embargo, debe entenderse que “se trata de dos cuestiones diferentes, pues en el primer caso (tres meses), se refiere al plazo para examinar el estado del incapacitado, y en el segundo (135 días), alude al plazo para resolver el trámite de la incapacidad permanente que finaliza con la calificación”. **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital).

<sup>287</sup> **GARCÍA MURCIA** y **ROMÁN VACA**. *Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral*, op. cit. (versión digital). En cuanto al mes y medio de diferencia que media entre el plazo para examinar el estado del incapacitado y el plazo para resolver el trámite de la incapacidad permanente que finaliza con la calificación, **FERNÁNDEZ ORRICO** entiende – siguiendo el planteamiento de **TOSCANI GIMÉNEZ** - que el beneficiario mantiene su derecho a percibir el subsidio de IT. En concreto, afirma que “aun cuando se hubieran superado los tres meses desde el agotamiento de la duración máxima del subsidio, el Director Provincial del INSS dispone de 135 días para la calificación o hasta que se entienda denegada la solicitud por el transcurso del citado plazo máximo sin resolución expresa, salvo que, en este último supuesto, aun cuando se hubiera superado el plazo para resolver, recayera posteriormente resolución expresa reconociendo la incapacidad permanente, por haberla solicitado el beneficiario o por iniciativa propia del órgano, aun con retraso, pero no cuando se denegase”. **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital).

<sup>288</sup> Cfr. **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*. RTS nº 61, 1996, p. 54.

Ahora bien, si transcurrido el período máximo (12 o 18 meses), en caso de que la necesidad de tratamiento médico persista, pero se estime que las reducciones anatómicas o funcionales que padece el trabajador no son definitivas, puede mantenerse la suspensión. Conforme al párrafo 2º art. 131. bis.2. TRLGSS, en la redacción dada por la Ley 30/2005, en el plazo de tres meses, cabía declarar al trabajador como inválido permanente (en el grado que correspondiera), pero declarando la situación revisable en el plazo de seis meses (párrafo 2º art. 131. bis.2. TRLGSS)<sup>289</sup>. Norma que constituía la novedad más destacable de la reforma operada por la Ley 30/2005<sup>290</sup>. Recuérdese que con anterioridad a la citada Ley, el plazo máximo era de 30 meses desde el inicio de la contingencia. Es decir, con la Ley 30/2005 se reducía el período en 9 meses (el máximo era 18 más 3). Esta incapacidad permanente (“interina”)<sup>291</sup> se colocaba, por tanto, a caballo entre la IT y la invalidez permanente de probable revisión por mejoría (regulada en el art. 48.2 TRET). De todos modos, el régimen jurídico de esta nueva institución jurídica planteaba numerosas dudas, pues, como había denunciado la doctrina, existían importantes aspectos carentes de regulación positiva<sup>292</sup>. Lo que llevó a algunos autores a recordar (no sin cierta nostalgia) la figura de la invalidez provisional<sup>293</sup>.

Con la Ley 40/2007 ha desaparecido este controvertido supuesto suspensivo, volviéndose al esquema vigente con anterioridad a la reforma de la Ley 30/2005, sin que se haya producido una plena restitución. En efecto, el nuevo párrafo 2º art. 131. bis.2. TRLGSS ha supuesto una ampliación del período en 3 meses, llegándose hasta los 24 (pero reduciéndolo en 6 con respecto de los 30 meses vigentes con anterioridad a la Ley 30/2005).

---

<sup>289</sup> Regulación que debía complementarse con lo previsto en las *Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en la LGSS, arts. 128 y 131 bis conforme a la nueva redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, disposición adicional cuadragésima octava*, de fecha 24 de enero 2006, cit. **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital). En adelante, “*Instrucciones de Procedimiento*”.

<sup>290</sup> Reforma duramente criticada por la doctrina. **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital).

<sup>291</sup> Por consiguiente, el trabajador por tanto pasaba a convertirse en un pensionista, teniendo en cuenta que (excepcionalmente) la pensión se cobraba si ya se percibía el subsidio de IT, pues “no se exigirá para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente durante seis meses, un período de cotización distinto al establecido para la incapacidad temporal” (párrafo 2º del art. 131.bis.2 TRLGSS).

<sup>292</sup> *Vid.* al respecto, **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital).

<sup>293</sup> **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, op. cit. (versión digital); y **SEMPERE NAVARRO**. *Contenido sociolaboral de la Ley de presupuestos para 2006 y normas concordantes*. ASoc nº 21, 2005, versión digital (BIB 2005\2733).



### ***2.3.2.3.2.- Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador sin derecho al subsidio por incapacidad temporal.***

Reiterando una idea ya expuesta, la determinación de la duración del período suspensivo está estrechamente vinculada al mantenimiento de la prestación económica de IT. Sin embargo, en determinadas situaciones, por diversos motivos, el trabajador, pese a padecer una patología que le impida temporalmente cumplir con lo pactado, no tiene derecho al percibo de prestación económica que sustituya al salario<sup>294</sup>. En tales casos, pese a que la baja médica constituye un título suficiente para suspender la relación de trabajo, se plantea el problema de determinar por cuánto tiempo puede prolongarse.

Los supuestos a los que nos referimos, salvo error u omisión, son los siguientes. En primer lugar, como se ha apuntado, el percibo de la prestación de IT está configurado como un derecho y, como tal, facultativo en su ejercicio (VIDA SORIA). En segundo lugar, el trabajador no tiene derecho al subsidio, si no se ha cumplido el período de cotización previo (180 días) en los supuestos de enfermedad no profesional (art. 130.a TRLGSS)<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> Lo que no obsta a que durante la suspensión del contrato, pese a no tener derecho a la prestación económica, subsista la obligación de cotizar. **HURTADO GONZÁLEZ**. *Arts. 128 a 135, op. cit.*, p. 848 y 849.

<sup>295</sup> En este sentido, la SSTS 11 de marzo 2002 (RJ 4679); y 10 de octubre 1994 (RJ 7762) declara que la “teoría del paréntesis” no es aplicable a los supuestos de incapacidad laboral, pues, “es una contingencia de carácter temporal, para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo”.

Sin embargo, la jurisprudencia ha suavizado el requisito de la carencia. En primer lugar, “si un trabajador declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual, que inicia una nueva actividad laboral y en ella sufre una baja médica por enfermedad, debe o no acreditar, para tener derecho a percibir el subsidio por incapacidad temporal, un período laboral de seis meses y la consiguiente cotización de ciento ochenta días entre el reconocimiento de la invalidez permanente total y la baja por incapacidad temporal, o si le son computables para lucrar ésta las cotizaciones que sirvieron para reconocer la invalidez permanente”. En este sentido, en tanto que “en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones”, y que para el TRLGSS “el período de cotización de ciento ochenta días necesario para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común tiene que computarse dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación y no autoriza ninguna otra limitación”, debe entenderse, por tanto, que le son computables para lucrar la IT las cotizaciones que sirvieron para reconocer la invalidez permanente. STS 10 de febrero 1998 (RJ 1797). En segundo lugar, la STS 26 de septiembre 2001 (RJ 2002\326) declara que “habida cuenta del concepto de recaída, consistente en una nueva baja, producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad, resulta forzoso distinguir entre los diferentes procesos derivados de distintas enfermedades, porque si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas, no habrá recaída, sino nuevo período de incapacidad, cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo. En definitiva, una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo período cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un período de actividad superior a seis meses. Y no podrá calificarse como recaída, el nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad”. En tal caso, estas nuevas situaciones de incapacidad temporal producidas por nuevas enfermedades, generan una nueva prestación de IT, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en el art. 130.a) TRLGSS (cotización de 180 días en un período de 5 años). En tercer lugar, se ha estimado que, si se agota la duración máxima de IT (dieciocho meses), se vuelve a trabajar y reaparece la misma patología, generando una nueva baja, el trabajador tiene derecho al subsidio si se ha cotizado 180 días en los últimos cinco años, sin que sea necesario que el trabajador haya desempeñado una ocupación cotizada de al menos seis meses entre el fin y el inicio de cada situación de incapacidad. En este supuesto, no es aplicable la Orden 13 de octubre 1967, porque se ha agotado la duración de la IT. SSTS 30 de abril y 8 de noviembre 2004 (RJ 4492 y 7353); 28 de octubre 2003 (RJ 7592); y 22 de febrero 2002 (RJ 4535); y STSJ Murcia 22 de marzo 2002 (AS 1222); y

En tercer lugar, conforme a lo previsto en el párrafo 2º del art. 128.1.a) TRLGSS, la situación de IT puede finalizar si se emite el alta médica. Ahora bien, también cabe la posibilidad de que el alta médica se emita a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT (párrafo 2º del art. 128.1.a TRLGSS), esto es, manteniéndose la necesidad de asistencia sanitaria, sin impedir que el trabajador realice la actividad laboral. No obstante, al preverse que “el alta médica emitida por el INSS surte el efecto de extinguir el derecho a la prestación económica, sin perjuicio de que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico y de que el Servicio Público de Salud siga expidiéndole partes de confirmación, a efectos de justificar la ausencia al trabajo”<sup>296</sup>, se está admitiendo una situación propiamente suspensiva, pues, el trabajador está incapacitado para desempeñar su trabajo, sin que, sin embargo, se le reconozca prestación económica alguna<sup>297</sup>.

Y, finalmente, según el párrafo 2º art. 128.1.a) TRLGSS, el INSS es el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando se produzca en un plazo de seis meses posterior al alta médica que la propia Entidad hubiere acordado al finalizar una IT previa por agotamiento de su duración máxima. Extremo que, a efectos de la continuidad del contrato de trabajo, significa que la relación de trabajo permanece suspendida.

Identificadas estas situaciones, como se ha anunciado, surge el problema de determinar el período de tiempo durante el cual el contrato de trabajo puede permanecer en suspenso.

Ante la falta de una regulación expresa al respecto, cabe entender que en estas situaciones debe aplicarse el art. 128.1.a) TRLGSS. Esto es, la relación de trabajo queda en suspenso mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté

---

Cataluña 6 de mayo 2002 (AS 2023); y 13 de septiembre 2005 (AS 3753). En la doctrina, *vid.* al respecto, **SEMPERE NAVARRO**. *Incapacidad laboral larga y recurrente*, *op. cit.* (versión digital); **FERNÁNDEZ URRUTIA**. *La protección por incapacidad temporal en los supuestos de larga enfermedad de trabajadores autónomos*, *op. cit.* (versión digital); y **DE ALCÁNTARA Y COLÓN**. *La incapacidad temporal. El requisito de la carencia de cotización a efecto de incapacidades temporales sucesivas. Criterios Jurisprudenciales. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2002*. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales nº 18, 2003, versión digital (BIB 2003\1539). En cuarto lugar, se admite el reconocimiento del subsidio en los supuestos en los que un trabajador no reúne la carencia necesaria cuando inicia la IT, pero sí cuando se produce una recaída. En tal caso, a efectos de la duración de la prestación, debe computarse como transcurrido el período de la baja inicial sin derecho al subsidio. SSTs 24 de noviembre 1998 (RJ 10031); y 18 de febrero 1999 (RJ 2016).

Además, son computables los períodos expresamente asimilados como de cotización por disposición legal o reglamentaria (art. 124.2 TRLGSS), teniendo en cuenta que para esta concreta prestación no lo es el período de excedencia por cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo que exceda de un año o de 15 o 18 meses si se trata de una familia numerosa o de familia numerosa que tenga la consideración de categoría especial (art. 2 Decreto 1335/2005, 11 de noviembre – BOE 22 de noviembre -, que Regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social). También son computables los períodos de cotización en otros regímenes de la Seguridad Social que cubran la contingencia de IT (art. 9.2 TRLGSS).

<sup>296</sup> “Instrucciones de procedimiento” *cit.* **FERNÁNDEZ ORRICO**. *Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>297</sup> Esta situación podría darse también en los supuestos en los que, conforme al art. 131 bis.1 TRLGSS, se proceda a la extinción de la prestación por IT a causa de la incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes médicos establecidos por los médicos de las Mutuas o del INSS.

impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses<sup>298</sup>. De hecho, este precepto se limita a definir qué debe entenderse por “IT”, sin hacer mención alguna a la prestación económica.

En tanto que cabría la posibilidad de que el trabajador tuviera acceso a la prestación por incapacidad permanente, pese a no tener acceso a la IT (por ejemplo, la no contributiva), transcurrido el período de 12 meses (o 18 meses, si se hubiera declarado la prórroga), la relación de trabajo quedaría en suspenso durante tres meses más (período en el que debe valorarse el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente<sup>299</sup>). Incluso cabría defender su prórroga hasta los 24 meses, pues, a diferencia de lo previsto para la incapacidad permanente “interina”, ya no es requisito indispensable para su reconocimiento que el trabajador cumpla con los requisitos para acceder a la prestación de IT (párrafo 2º art. 133.bis.2 TRLGSS en la redacción anterior a la Ley 40/2007).

---

<sup>298</sup> En cuanto a la posibilidad de prorrogar esta situación, en principio, no hay inconveniente legal para entender que se extienda la duración durante seis meses más si se presume que este período puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (párrafo 1º art. 128.1.a TRLGSS).

<sup>299</sup> Durante este período no existe obligación de cotizar (párrafo 3º art. 133.bis.2 TRLGSS).

### 2.3.3.- Efectos suspensivos de la incapacidad permanente.

La reforma llevada a cabo por la Ley 42/1994 supone la desaparición de un instrumento muy útil para lograr un diagnóstico que permita determinar el carácter temporal o presumiblemente definitivo de la incapacidad: la invalidez provisional. Circunstancia, en cierto modo, agravada por el hecho de que con los constantes avances médicos resulta, por lo menos, arriesgado diagnosticar *a priori* el carácter definitivo de las reducciones padecidas por el trabajador<sup>300</sup>.

Con el fin de paliar, en cierta medida, los desajustes que la desaparición de la invalidez provisional pudiera acarrear<sup>301</sup>, y con una finalidad claramente promotora de la estabilidad en el empleo, la Ley 42/1994, modifica el párrafo 2º del art. 48 TRET, reconociendo un nuevo supuesto suspensivo con una sistematicidad criticable<sup>302</sup>. En concreto, el art. 48.2 TRET posibilita la suspensión de la relación de trabajo (con derecho a la reserva de su puesto de trabajo) si en la resolución que reconoce la incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados), y que pone fin a la IT, se hace constar una previsible mejoría.

Este supuesto constituye una excepción a la regla del apartado e) del art. 49 TRET, justificada por la idea de que la incapacidad permanente no es irreversible. Por este motivo, el empresario no está facultado para declarar la ruptura de la relación laboral en espera de la posibilidad de que el trabajador se reincorpore a su trabajo<sup>303</sup>. Si transcurrido dicho período, la mejoría del trabajador no se ha hecho efectiva, el empresario puede proceder a la resolución del contrato<sup>304</sup>.

Como sostiene la STS 28 de diciembre 2000<sup>305</sup>, el contenido del art. 48.2 TRET “constituye una especialidad importantísima respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez que se contiene en el art. 143.2 TRLGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de

---

<sup>300</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 382. Lo que, en paralelo, lleva necesariamente a declarar que los términos “definitivo” y la idea de permanencia que lleva consigo, propios de la incapacidad permanente, deba relativizarse, debiéndose entender que “más que como ‘inmutabilidad del estado del inválido’, como un evento de duración incierta e indeterminada, por difícil de prever en cuanto a las posibilidades de la enfermedad” (p. 381 y 382). *Vid.* un planteamiento conceptual de la incidencia del tiempo en la naturaleza temporal o definitiva de las lesiones y en la configuración de la prestación por incapacidad temporal y el tránsito hacia la incapacidad permanente, **BARCELÓN COBEDO**. *El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, op. cit., p. 99 a 103.

<sup>301</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Contenido sociolaboral de la Ley de presupuestos para 2006 y normas concordantes*, op. cit. (versión digital).

<sup>302</sup> Una crítica al respecto, **MORALES ORTEGA**. *Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente*. AL nº 34, 1999, p. 650.

<sup>303</sup> STS 28 de diciembre 2000 (RJ 2001\1885). En términos similares, STSJ Asturias 12 de septiembre 2003 (AS 4086).

<sup>304</sup> Sin que en estas circunstancias, conviene recordar, sea posible acudir a lo previsto en las Órdenes 31 de mayo 1950 y de 20 de mayo 1952, pues, debe entenderse que, como ya se ha apuntado, han quedado derogadas (STS 6 de octubre 2000, RJ 8669).

<sup>305</sup> RJ 2001\1885.

revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el art. 48.2 TRET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 TRLGSS<sup>306</sup>.

El supuesto de hecho del art. 48.2 TRET viene definido, fundamentalmente, por la concurrencia de tres elementos. En primer lugar, por la extinción de una situación de IT previa<sup>307</sup>.

En segundo lugar, la resolución que declara el reconocimiento de la incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados)<sup>308</sup> debe especificar de forma expresa que la “situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por [previsible] mejoría que permita su

---

<sup>306</sup> En términos similares, STS 17 de julio 2001 (RJ 2002\578); y STSJ Baleares 7 de noviembre 2005 (AS 3798); Canarias (Las Palmas) 30 de junio y 30 de septiembre 2003 (AS 2004\1350 y JUR 2004\25917); Comunidad Valenciana 7 de febrero 2003 (AS 2906). Aunque para la STSJ 17 de marzo 2000 (AS 5572) “el hecho de haber procedido a la revisión de la situación de invalidez (...), dentro del plazo de los dos años establecidos como término máximo por el art. 48.2 del ET, convierte a la mejoría de la actora en una situación que resultaba previsible a los efectos del mantenimiento de la relación contractual, por lo que, con independencia de que en el documento citado se haga referencia tanto a la mejora como a la agravación, debe entenderse que dicha mención ha sido utilizada como una simple fórmula de estilo, y que la previsibilidad de la revisión por mejoría era, en definitiva, la situación que determinó en este caso concreto, la determinación de una fecha temprana a los efectos de proceder a la revisión de oficio de la situación invalidante de la trabajadora”.

Extensamente, respecto del sentido del art. 143.2 TRLGSS, **ROQUETA BUJ**. *La incapacidad permanente*. CES. Madrid, 2000, p. 257 y ss.

<sup>307</sup> En tal caso, la Dirección Provincial del INSS debe dar traslado al empleador de la resolución dictada (art. 7.2 Decreto 1300/1995, de 21 julio).

Debe tenerse en cuenta que este precepto, no se aplica en los supuestos de “declaración de incapacidad permanente parcial, en la que el trabajador puede reincorporarse a su actividad laboral (...) aun con limitaciones compensadas económicamente”. **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 113; y **ROMERO RÓDENAS**. *Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001, nota 157, p. 63.

Por otra parte, la STSJ País Vasco 23 de febrero 1999 (AS 2057) dispone que el precepto no se aplica “a todos los casos de declaración de invalidez permanente, sino únicamente a aquéllos en los que esa declaración se ve precedida por el agotamiento del período máximo de baja médica permitido por la ley”. Sin embargo, como afirma SOLÀ MONELLS, “lo único que exige el art. 48.2 TRET es que la extinción de la incapacidad temporal se haya producido por declaración de incapacidad permanente, y aunque en la práctica ello supone normalmente el agotamiento de esos treinta meses, no siempre sucede así”. **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 841.

<sup>308</sup> Debe entenderse que el efecto suspensivo también se produce en los supuestos en los que, impugnada la declaración de incapacidad que no reconoce la posible mejoría, una resolución judicial la declarara (en tal caso, debería declararse la nulidad de los efectos derivados de la declaración de incapacidad sin mejoría, declarándose el contrato en suspenso, ex art. 48.2 TRET); o bien, en los supuestos en los que sea la propia resolución judicial la que declare la incapacidad por primera vez.

Por otra parte, como expone GONZÁLEZ DE LA ALEJA, en estos supuestos en los que es previsible la recuperación del trabajador, normalmente la entidad gestora tiende (de forma mecánica y sin apenas justificación) a reconocer una incapacidad permanente total. A pesar de ello, siguiendo al citado autor, “con independencia de la dilación y el mantenimiento más o menos prolongado del trabajador en situación de IT o de la real afectación de las patologías del inválido en su faceta laboral (...) lo procedente siempre sería que la Entidad Gestora calificase al trabajador afecto a una incapacidad permanente en grado de absoluta”. **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**. *Problemas y consecuencias en la calificación de la incapacidad permanente del trabajador que ha permanecido en incapacidad temporal y es previsible (aunque incierta) su recuperación. Una crítica a la práctica habitual de la entidad gestora en la aplicación del artículo 131 bis.2 TRLGSS*. ASoc nº 18, 2004, versión digital (BIB 2005\66).

reincorporación a su puesto de trabajo”<sup>309</sup>. La causa suspensiva es, precisamente, la convicción del órgano de calificación que la situación del trabajador mejorará previsiblemente<sup>310</sup>.

En tercer lugar, conforme a lo previsto en el art. 7.1 Decreto 1300/1995, 21 de julio<sup>311</sup>, que desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, se exige que en la misma resolución se haga constar un plazo para instar la revisión por posible mejoría, “igual o inferior a dos años”<sup>312</sup>. La manifestación del órgano de calificación declarando que la situación de incapacidad va a ser previsiblemente objeto de revisión, debe ser expresa. Esto es, debe centrarse en explicitar los motivos que contribuyen a pensar que es previsible que la incapacidad permanente sea transitoria. Si no se especifica ni en la resolución administrativa<sup>313</sup> o judicial<sup>314</sup> que declara la incapacidad, el trabajador no tiene derecho a la suspensión de la relación de trabajo. En cualquier caso, esta especificación no debe confundirse con la genérica fijación de un plazo para la revisión *ex* art. 143.2 TRLGSS<sup>315</sup>.

---

<sup>309</sup> Repárese que la redacción del art. 48.2 TRET se refiere a que “la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser *previsiblemente* objeto de revisión por mejoría”. Dicción que da a entender – erróneamente a nuestro juicio – que lo previsible no es la mejoría del trabajador, sino la revisión. Corrobora el error, en primer lugar, el hecho de que el art. 143.2 TRLGSS exige la especificación de un plazo para que dicha revisión tenga lugar; luego, desde la perspectiva normativa el acto de revisión o, el momento de su perfección, no puede ser previsible, sino que la propia resolución debe especificar su fecha. Y, en segundo lugar, que el art. 7.1 Decreto 1300/1995 habla de la “revisión por previsible mejoría”.

<sup>310</sup> En este sentido la STSJ Castilla y León (Valladolid) 4 de enero 1999 (AS 1048) declara que el “art. 48.2 sólo configura como situación de suspensión del contrato de trabajo la del trabajador declarado inválido permanente total, durante un período de dos años siempre y cuando el organismo calificador declare como previsiblemente revisable por mejoría el estado invalidante del declarado inválido”. En términos similares, STSJ Navarra 20 de octubre 1999 (AS 3355).

<sup>311</sup> BOE 21 de agosto.

<sup>312</sup> Contenido cuya legalidad es discutible, pues, el art. 48.2 TRET no condiciona la suspensión de la relación de trabajo a que la revisión deba efectuarse en un período de tiempo determinado, sino que simplemente se exige que la situación de incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría. En cambio, el art. 7.1 Decreto 1300/1995, añade un nuevo requisito, pues, declara que “*sólo* procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, *se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años*”. Criticando la legalidad del art. 7 Decreto 1300/1995, **VIDA SORIA**. *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 17. A pesar de ello, GONZÁLEZ DE LA ALEJA entiende que “es lógico concluir que únicamente sea posible prorrogar la suspensión si se decreta la posibilidad de una revisión en el plazo de dos años, por cuanto quedaría inane la prórroga de la suspensión de dos años computable desde la declaración de IP si la resolución no hubiera previsto la revisión en dicho margen temporal”. **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 112.

<sup>313</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 13 de febrero 2003 (AS 3103).

<sup>314</sup> SSTS 28 de diciembre 2000 (RJ 2001\1885); y 17 de julio 2001 (RJ 2002\578).

<sup>315</sup> STS 28 de diciembre 2000 (RJ 2001\1885). Como sostiene la STSJ Madrid 20 de diciembre 2002 (AS 2003\1566): “la previsión especial de probabilidad de revisión por mejoría, con efectos suspensivos de la relación laboral, [no debe confundirse] con la genérica fijación de un plazo para la revisión, ya sea por agravación o por mejoría, que la Entidad Gestora debe realizar en todos los casos en que declara la incapacidad permanente, con arreglo al art. 143.2 TRLGSS”. *Vid.* también SSTSJ Cataluña 5 de abril 2005 (AS 1258); Madrid 24 de noviembre 2003 (JUR 2004\94362); y Andalucía (Sevilla) 13 de febrero 2003 (AS 3103); Cataluña 29 de noviembre 2002 (AS 2003\113); Canarias (Tenerife) 10 de julio 2002 (AS 2671); Castilla y León (Valladolid) 17 de diciembre 2001 (AS 2002\129); Castilla La Mancha 2 de abril 2001 (AS 1101); y Castilla y León (Valladolid) 4 de enero 1999 (AS 1048).

Si se cumplen estos tres elementos, la suspensión tendrá una duración de dos años<sup>316</sup>. Esto es, constatada la existencia de la causa (la previsible mejoría del trabajador), el contrato quedará suspendido por el período legalmente establecido<sup>317</sup>. Por tanto, cabe entender que se trata de un supuesto suspensivo sometido a término<sup>318</sup>. De la literalidad del art. 48.2 TRET se desprende, por tanto, que el período de suspensión es una consecuencia automática de la convicción del órgano de calificación que la situación de incapacidad va a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría. Es decir, la duración de la suspensión no depende de la fecha en la que el órgano calificación considere que la revisión va a tener lugar (dentro del período máximo de dos años). Al menos, ese no es el sentido que se desprende de la literalidad del art. 48.2 TRET. La revisión, que puede tener lugar en cualquier momento dentro de dicho período, determinará si, transcurridos los dos años, el trabajador se reincorpora a su puesto de trabajo, o bien, se extingue la relación de trabajo. Esto es, por imperativo del art. 48.2 TRET, la efectividad de la mejora constatada en la revisión debe quedar congelada hasta que transcurra

---

<sup>316</sup> En cuanto a la discusión relativa al momento inicial del cómputo de este período de dos años la doctrina ha discutido si debe tomarse en consideración el momento en el que la resolución es firme o no. En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA propone que el cómputo debe iniciarse en el momento que la resolución firme, siempre que la comisión calificadora no haya decidido suspender el contrato. **ESTEBAN LEGARRETA**. *Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo*. En “La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996, p. 250.

<sup>317</sup> En lo relativo al cómputo del período de dos años, debe tenerse en cuenta que la normativa señala “el ‘dies a quo’ del plazo de dos años no en la fecha del hecho causante de la invalidez permanente reconocida sino que se cuenta desde la fecha de la resolución por la que se declara la invalidez permanente”. STSJ Madrid 17 de mayo 2000 (AS 5748). Por consiguiente, cabe distinguir dos situaciones: que la incapacidad permanente sea reconocida por una resolución administrativa o bien que lo sea por una resolución judicial.

En el primer caso, cabe la posibilidad de que se declare la incapacidad permanente manifestando explícitamente una revisión por previsible mejoría y el plazo de la revisión. Si esta resolución no se recurre, el inicio del período de dos años es la fecha de la resolución administrativa. Si la resolución administrativa es recurrida, caben dos posibles situaciones. En primer lugar, si la resolución judicial confirma la posibilidad de mejoría, debe entenderse que el cómputo se inicia en la fecha que la resolución administrativa reconoce la situación de incapacidad permanente. En segundo lugar, si la resolución judicial declara que la incapacidad permanente no es susceptible de mejoría, debe entenderse, entonces, que no se cumplen los elementos del supuesto de hecho que posibilitan la suspensión de la relación de trabajo (art. 48.2 TRET) y, por ende, cabe entender que el contrato ha quedado extinguido a partir de la fecha de la firmeza de la resolución judicial, pues, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada por la STS 22 de octubre 1991 (RJ 7745) - *vid.* una exposición de la misma *infra* -, debe entenderse que el contrato ha quedado en suspenso durante la impugnación.

Ahora bien, si la incapacidad es reconocida por una resolución judicial debe entenderse que el plazo empieza a computar a partir de la misma (pues, es la resolución por la que se declara la invalidez permanente). Del mismo modo, si la resolución judicial es impugnada por no especificar la revisión por posible mejoría o la fecha de la misma. STSJ Madrid 17 de mayo 2000 (AS 5748). En este sentido, la STSJ Madrid 29 de marzo 2004 (JUR 224980) sostiene que “la fecha a partir de la cual puede instarse la revisión por mejoría o agravación ha de hacerse coincidir con la de los dos años siguientes al hecho causante de la invalidez permanente reconocida, esto es, coincidiendo con la fecha de efectos judicialmente reconocida”. En contra, la STSJ Asturias 10 de noviembre 2000 (AS 3666) manifiesta que “si tras ese procedimiento administrativo desfavorable la invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, es reconocida por sentencia, la entidad gestora mediante una actuación posterior tiene que fijar el indicado plazo, pero teniendo presente no la fecha de la resolución judicial sino la fecha de la resolución administrativa que debió ser y no lo fue estimatoria de la invalidez permanente”.

<sup>318</sup> En cambio, para MORALES ORTEGA se trata de un supuesto suspensivo sometido a condición resolutoria. **MORALES ORTEGA**. *Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente*, *op. cit.*, p. 650. Planteamiento que no puede compartirse porque en la literalidad de la norma puede identificarse claramente el establecimiento de un término (a diferencia del supuesto del art. 45.1 g TRET que sí está sometido a condición).

el período legalmente establecido<sup>319</sup>. Corrobora esta interpretación la STS 28 de diciembre 2000<sup>320</sup>, que asevera que el art. 48.2 TRET “en su redacción actual *ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por dos años* a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos supuestos en que ‘la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo’”<sup>321</sup>. En esta línea, la STS 17 de julio 2001<sup>322</sup> declara *obiter dicta* que “el INSS no puede acordar la revisión por mejora hasta transcurridos dos años desde que fue declarada la invalidez, lo contrario significaría variar en contra del trabajador, el derecho que le reconoce el art. 48.2 TRET”. Ahora bien, prosigue la sentencia, “esta imposibilidad del INSS de no acordar la mejora en dos años no le priva de sus funciones con respecto a posibles revisiones de la invalidez reconocida en plazos superiores”<sup>323</sup>.

Regla que, no obstante, quizás convendría reformular normativamente, en los supuestos en los que se constatará la mejoría del trabajador con anterioridad al transcurso de los dos años, pues, si se mantuviera la suspensión pese a la recuperación de la plena capacidad del trabajador, se estaría prolongando una situación de incapacidad permanente sin motivo, con el correspondiente coste para la Seguridad Social<sup>324</sup>.

---

<sup>319</sup> Parece compartir este criterio, **ROMERO RÓDENAS**. *Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>320</sup> RJ 2001\1885.

<sup>321</sup> La STSJ Madrid 9 de abril 2002 (AS 2161) declara que “(...) se prevé la revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo antes de dos años, previsión ésta que determina ‘ex lege’, a tenor de lo dispuesto imperativamente en el artículo 48.2 del TRET, que el contrato de trabajo subsista durante el mencionado período, suspendido pero con reserva a la trabajadora de su puesto de trabajo”. Y el voto particular formulado en la STSJ Madrid 18 de abril 2001 (AS 2163) declara que “el art. 48.2º ET impone con aval de constitucionalidad, en todo caso y sin sometimiento a límite o condición alguna la suspensión de la relación laboral con reserva del propio puesto de trabajo en el plazo de 2 años desde tal resolución”.

<sup>322</sup> RJ 2002\578.

<sup>323</sup> En términos similares, la STSJ País Vasco 8 de octubre 2002 (AS 2003\167) declara que “[debe] respetarse el plazo de 2 años antes de proceder a la revisión de la invalidez”. En contra, la STSJ Canarias (Tenerife) 18 de mayo 2004 (AS 2124) declara que el “plazo máximo de duración establecido es de dos años, no existe un mínimo por lo que durante su transcurso el trabajador podrá ser dado de alta en el supuesto de recuperación de la capacidad laboral o por el contrario que se diagnostique la imposibilidad de mejoría o su imprevisibilidad”.

<sup>324</sup> En la doctrina, abogando por la posibilidad de que la suspensión finalice anticipadamente (si se produce un empeoramiento o se constata que la incapacidad permanente remita) por desaparecer la causa suspensiva, **MORALES ORTEGA**. *Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente*, *op. cit.*, p. 654; y **MUÑOZ MOLINA**. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 208. Parece compartir este criterio, **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 841. **MÁRQUEZ PRIETO** mantiene la posibilidad de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo si se recupera con anterioridad al transcurso de los dos años. **MÁRQUEZ PRIETO**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 583. Para **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**, la revisión que constata el empeoramiento del trabajador no obsta que el contrato permanezca en suspenso durante el período de tiempo que reste hasta el cumplimiento de los dos años. Entiende, con buen criterio, que debe mantenerse la suspensión porque hasta dicho momento cabe la posibilidad de que la situación del trabajador mejore. No obstante, la suspensión de la relación de trabajo está condicionada a que la resolución fruto de la revisión especifique una nueva revisión por mejoría dentro del plazo de los dos años. De no ser así, afirma, el contrato no podría mantenerse en suspenso por más tiempo, dado que no se cumplirían los requisitos del art. 48.2 TRET. **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 116 y 117. No obstante, no puede entenderse que el mantenimiento de la suspensión contractual esté condicionada a que la resolución de revisión establezca un nuevo plazo de revisión por mejoría, pues, el art. 48.2 TRET no exige la concurrencia de dicho requisito, sino que la revisión por mejoría se prevea en la resolución inicial que declara la situación de incapacidad permanente. Por consiguiente, si la resolución por revisión estableciera un nuevo plazo de revisión (*ex art. 143.2 TRLGSS*) en una fecha posterior al transcurso de



Por otra parte, también se suscitan dudas respecto del tratamiento que debe darse a las situaciones en las que la revisión se efectúa en el plazo de dos años, pero la resolución del órgano de calificación se produce sobrepasándose dicho período. Para un sector de la doctrina judicial, si la resolución que declara la extinción de la incapacidad permanente (por ausencia de mejoría) se produce con posterioridad al transcurso de los dos años, la empresa no está obligada a atender la solicitud de reincorporación del trabajador una vez notificada la resolución administrativa. Se alega, que “tal precepto no establece el plazo máximo de dos años para el inicio del expediente de revisión por mejoría, sino para la resolución que declare la mejoría”<sup>325</sup>; debiéndose imputar la responsabilidad a la entidad gestora<sup>326</sup>. En contra, la STSJ País Vasco 7 de marzo 2000<sup>327</sup> ha afirmado que “si se inicia el expediente de revisión dentro de ese plazo perdure aquella situación hasta su resolución”<sup>328</sup>. Interpretación más acorde con el carácter tuitivo que inspira esta institución<sup>329</sup>.

De lo expuesto hasta ahora en cuanto a los elementos que describen el supuesto de hecho del art. 48.2 TRET, esto es, si se admite que la suspensión está sometida a término y el órgano de calificación únicamente debe centrarse en concretar los elementos que hacen pensar que situación que padece el trabajador es reversible (al menos, en un período de dos años), puede concluirse que se establece una diferenciación sustantiva relevante entre el art. 48.2 TRET y el contenido del art. 143.2 TRLGSS<sup>330</sup>. De hecho, la diferenciación entre la “posibilidad” y la “probabilidad” de la revisión, *ex* arts. 143.2 TRLGSS y 48.2 TRET respectivamente, apuntada por la STS 17 de julio 2001<sup>331</sup> resulta excesivamente amplia, planteando numerosos problemas de interpretación<sup>332</sup>.

---

los dos años, el contrato se mantendrá en suspenso hasta la finalización del término de los dos años sólo cabe la revisión a instancia del trabajador, o bien, si el trabajador estuviera realizando un trabajo por cuenta propia o ajena (art. 143.2.2º TRLGSS); o bien, si se produjera un error de diagnóstico (art. 143.2.3º TRLGSS).

<sup>325</sup> STSJ Cataluña 14 de julio 1999 (AS 6484).

<sup>326</sup> SSTSJ Canarias (Tenerife) 18 de mayo 2004 (AS 2124); (Tenerife) 31 de mayo 2002 (JUR 2445); Asturias 7 de mayo 1999 (AS 1462); y País Vasco 29 de junio 1999 (AS 2636).

<sup>327</sup> AS 3151.

<sup>328</sup> En términos similares, STSJ País Vasco 16 de octubre 2001 (AS 1118); y 3 de diciembre 2002 (AS 2003\1220).

<sup>329</sup> Compartiendo este criterio en la doctrina, **GONZÁLEZ DE LA ALEJA**. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 111, 112 y 119; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 842.

<sup>330</sup> De hecho, el art. 10.1 Orden 18 de enero 1996, distingue claramente entre el contenido del art. 143.2 TRLGSS y el art. 48.2 TRET, pues, establece que “El equipo de valoración de incapacidades (...) procederá a emitir y a elevar al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictamen-propuesta, en relación con el supuesto de que se trate, sobre: “Determinación del plazo a partir del cual se podrá instar la revisión del grado de invalidez por agravación o mejoría; [y] Procedencia o no de la revisión por previsible mejoría de la situación de incapacidad del trabajador, a efectos de lo establecido en el art. 48.2 TRET”.

<sup>331</sup> RJ 2002\578.

<sup>332</sup> Por ejemplo, para la STSJ Galicia 21 de diciembre 2004 (AS 3703) la expresión “siendo revisable de oficio por agravación o mejoría a partir del 24 de septiembre de 1999”, no constituye una advertencia genérica – exigida por el art. 143.2 TRLGSS – sino la concreta exigida en el art. 48.2 TRET, pues, se hace mención a una fecha concreta y además se establece un período inferior a los dos años. Interpretación que resulta ciertamente discutible.

En otro orden de cosas, si como consecuencia de la revisión, se declara la mejoría del trabajador<sup>333</sup>, la empresa debe reincorporarlo<sup>334</sup>, pues, mantiene el derecho a la reserva de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta que la negativa de la empresa debe calificarse como un despido improcedente<sup>335</sup>.

- Finalmente, cabe mencionar otro supuesto suspensivo vinculado a las situaciones de incapacidad permanente. A diferencia del criterio previsto para los supuestos de IT, siguiendo el criterio de la STS 22 de octubre 1991<sup>336</sup>, en las resoluciones administrativas declarando la invalidez permanente en alguno de los grados que menciona el art. 49.5º ET'80 (hoy 49.1.e TRET) no producen eficacia para extinguir el contrato de trabajo según el art. 49.5º ET'80 (hoy 49.1.e TRET) hasta que no alcancen firmeza (e, incluso, hasta que interpuesta demanda en vía judicial se dicte sentencia firme). En opinión del TS, tales situaciones requieren otra consideración, pues, en ellas lo que se constata es la permanencia de la falta de capacidad para el trabajo. Entre tanto, el contrato debe permanecer suspendido con derecho del trabajador a percibir la pensión y sin que el empresario tenga obligación de readmitirlo<sup>337</sup>.

---

<sup>333</sup> Es importante advertir que la mejoría a la que se refiere el art. 48.2 TRET no coincide con la que se deriva del Derecho de la Seguridad Social, pues, explícitamente, se habla de la mejoría para reincorporarse a su puesto de trabajo. Es decir, si la revisión de la incapacidad permanente del trabajador constata la existencia de una mejoría, pero no es suficiente para que el trabajador pueda reincorporarse con normalidad a su puesto de trabajo (entiéndase, con su habitual diligencia y capacidad), debe asumirse que el contrato ha quedado extinguido, *ex art. 49.1 e) TRET*. Por consiguiente, el concepto de “mejoría”, *ex art. 48.2 TRET*, se refiere a la completa recuperación del trabajador o a una situación de incapacidad parcial que no obsta la reincorporación a su puesto de trabajo. *Vid. al respecto, MORALES ORTEGA. Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente, op. cit., p. 657; RODRÍGUEZ COPÉ. La suspensión del contrato de trabajo, op. cit., p. 129 y 130; y GONZÁLEZ DE LA ALEJA. La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo, op. cit., p. 115.*

<sup>334</sup> Para GONZÁLEZ DE LA ALEJA, en la determinación del plazo de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo debe seguirse una interpretación flexible, teniendo en cuenta que la recuperación no se produce de “manera instantánea sino como un lento devenir médico que en un determinado momento se considera recuperado (en casi todas las ocasiones identificado de forma indiciaria en una fecha pero no corroborado por la realidad en su acreditación laboral), que ha sido alcanzado después de un largo proceso de recuperación física”. GONZÁLEZ DE LA ALEJA. *La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo, op. cit., p. 125 y 126.*

<sup>335</sup> SSTSJ País Vasco 8 de octubre 2002 (AS 2003\167); Cataluña 5 de septiembre 2002 (JUR 254580); Asturias 27 de septiembre 1996 (AS 3403). En cuanto al cómputo de la antigüedad, la STSJ Madrid 10 de junio 2003 (AS 3623) entiende que el período de tiempo de suspensión de la relación de trabajo *ex art. 48.2 TRET* no computa a efectos de la antigüedad. En contra de este planteamiento, con mejor doctrina pues se trata de un efecto propio de la suspensión contractual, SSTSJ Cataluña 10 de noviembre 2004 (AS 2005\50); y 18 de marzo 1998 (*cit.* STSJ Madrid 10 de junio 2003, AS 3623).

No obstante, no cabe entender que se ha producido un despido si la empresa da de baja al trabajador en la seguridad social al agotar el plazo máximo de IT, pues, no a partir de ese momento ya no está obligada a cotizar. STSJ Galicia 29 de junio 2002 (AS 3205).

<sup>336</sup> RJ 7745.

<sup>337</sup> Lo que a la postre supone el mantenimiento de la doctrina mantenida en las SSTS 27 de junio 1983 (RJ 3050); 24 de enero 1984 (RJ 90); 24 de enero 1985 (RJ 95); y 13 de junio 1988 (RJ 5277). Criterio, por otra parte, seguido por las SSTSJ Extremadura 8 de enero 2003 (AS 1741); Navarra 28 de abril 2000 (AS 1018); Galicia 16 de septiembre 1999 (AS 3026).

### ***3.- La suspensión por incumplimiento imputable: la suspensión de la relación de trabajo por motivos disciplinarios.***

La suspensión de la relación de trabajo por motivos disciplinarios es una figura de difícil encaje dogmático. Como premisa de partida, como se sabe, el poder disciplinario del empresario tiene su fundamento en la situación de subordinación del trabajador en la empresa, como estructura organizada<sup>338</sup>. El poder disciplinario es una derivación del poder de dirección y control<sup>339</sup>, entendido en sentido amplio (y constitucionalmente amparado por la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*). Por otra parte, esta manifestación del poder de dirección se desarrolla atendiendo a la graduación de las faltas y sanciones que legal o convencionalmente estén establecidas. En cuanto a la conducta sancionable rigen los principios de legalidad y tipicidad<sup>340</sup>, teniendo presente que la actuación del empresario está estrictamente sometida a la teoría gradualista y proporcional. De todos modos, se trata de una facultad que no siempre ha tenido la misma configuración<sup>341</sup>.

---

<sup>338</sup> Como destaca MONTROYA MELGAR, a pesar de las conexiones existentes entre el poder de dirección y el poder disciplinario, no es óbice para sostener la separación conceptual entre ambos, pues, “el de dirección impone, en líneas generales, obligaciones de sometimiento y obediencia, mientras que el disciplinario impone sanciones, previa la calificación de las faltas”. MONTROYA MELGAR. *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p. 143. Aunque la doctrina más reciente, como sintetiza ROMÁN DE LA TORRE, oscila entre una concepción del poder de dirección omnicompreensiva de las facultades empresariales en toda su extensión o bien un poder de dirección “más estricto, siendo necesario deslindarlo no sólo de aquellos otros relativos a la modalización de la prestación de trabajo, sino también de otros poderes más diferenciados como son el de control y vigilancia o el disciplinario”. Concretamente, esta autora es partidaria de la concepción amplia porque, citando a PESSI, a pesar de que “es posible mantener las diferencias entre el poder de dirección, el *ius variandi* o el poder disciplinario, (...) habida cuenta de cómo todos ellos modalizan e impregnan el trabajo debido, no puede descartarse la idea de que en conjunto conforman una gran definición de poder directivo”. ROMÁN DE LA TORRE. *Poder de dirección y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 93. Aseveración que comparto, salvo en lo relativo a la concepción de lo que debe entenderse por *ius variandi*.

En la jurisprudencia se ha afirmado que “La facultad sancionatoria se integra dentro del poder de dirección que el empresario tiene atribuido por su posición en la relación de trabajo (artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores) y en cuanto se ejercita a través una declaración unilateral de voluntad, regular y validamente emitida, produce, desde su recepción por el destinatario, unos efectos jurídicos - la imposición de la sanción correspondiente - que vinculan a su autor, creando un límite punitivo que impide a la empresa volver a sancionar los mismos hechos con una sanción más grave, y ello sin perjuicio de que el trabajador pueda impugnar la sanción ante el órgano jurisdiccional competente”. STS 22 de septiembre 1988 (RJ 7096).

<sup>339</sup> STS 14 de mayo 1986 (RJ 2555).

<sup>340</sup> Sólo serán sancionables las conductas tipificadas previamente como constitutivas de faltas y sólo se podrán imponer las sanciones insertas en el correspondiente catálogo de acuerdo con la graduación establecida. MARÍN RICO. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994, p. 164.

<sup>341</sup> Durante la II República, el art. 20.7 LCT’31 prevé la posibilidad de pactar en el contrato un régimen sancionador y las garantías para su cumplimiento, aunque delega en las partes la concreción de su contenido (salvo lo previsto en el art. 80 LCT’31). La potestad reglamentaria del régimen sancionador queda supeditada a la voluntad individual de las partes, pero sólo en los contratos celebrados por escrito (el art. 20 LCT’31 relativo a las condiciones mínimas de los contratos escritos dispone que debe declararse si se establecen o no sanciones, y en caso de establecerse, la forma de determinarlas y las garantías para su efectividad (apartado 7º). Sistema que parece atribuir a la empresa un poder sancionador autónomo y de difícil control, pues, basta que las sanciones se hubieran previsto en el contrato. Escenario en el que el abuso de derecho juega un papel muy importante como límite. CARRO IGELMO. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 4, p. 148 y 149. Por su parte, el art. 52 LCT’31 establece restrictivamente las sanciones que pueden pactarse en el contrato: la amonestación y la suspensión temporal de empleo. La intangibilidad del salario desautoriza la multa como sanción. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*,

Sin embargo, es difícil que, desde un punto de vista conceptual, el incumplimiento imputable pueda dar lugar a la suspensión de la relación de trabajo, pues, si efectivamente concurre un incumplimiento con estas características estaríamos extramuros del poder disciplinario, entrando en el ámbito propio de la facultad resolutoria del empresario (desvinculada, recuérdese, del poder de dirección del empresario y, por ende, del poder disciplinario). En estas circunstancias, el límite de esta facultad disciplinaria del empresario se encuentra, al menos desde un punto de vista teórico, en las conductas que posibilitan la suspensión de la relación de trabajo. De algún modo, el empresario sólo puede imponer una sanción disciplinaria porque su conducta no puede calificarse como un supuesto de ineficacia contractual por incumplimiento imputable<sup>342</sup>. Puede afirmarse, por tanto, que este supuesto suspensivo “no evita” la ineficacia del contrato, pues, en el ejercicio de la facultad sancionadora dicha posibilidad no es concebible, porque la continuidad no está amenazada<sup>343</sup>. Por

---

p. 72. Suspensión que, aunque no lo manifieste expresamente, debe ir acompañada de la no percepción del salario correspondiente a ese periodo. Las suspensiones deben inscribirse en un registro especial del patrono, ante las que cabe un recurso ante las Comisiones sindicales de control obrero y si no existieran ante los delegados e inspectores de trabajo del Ministerio de Trabajo. **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931, op. cit.*, p. 114 a 116. Durante el franquismo, el sistema sancionador se modifica sustancialmente con respecto al existente durante la II República, no sólo en lo relativo al proceso de elaboración, sustrayéndose de la autonomía de la voluntad de las partes, sino el órgano competente para su imposición. En términos generales, dada la influencia del nacionalsindicalismo, se habla de una causa suspensiva jurídico-penal, que forma parte de las normas de policía del trabajo. **PÉREZ BOTIJA**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 271. Así, el art. 32 LCT<sup>44</sup>, con claras reminiscencias de la LCT<sup>31</sup>, prescribe que “no podrán imponerse por el empresario al trabajador otras correcciones que las previstas en las disposiciones legales, en los Reglamentos de Trabajo o en los contratos hechos por escrito”. Paralelamente, el art. 11 Ley de Reglamentaciones de Trabajo (BOE 23 de octubre, LRT<sup>42</sup>) dispone como contenido esencial de las mismas, el establecimiento del régimen de sanciones y premios. Por su parte, el art. 22 LCT<sup>44</sup> impone como contenido obligatorio de los reglamentos de régimen interior (el cual es obligatorio en las empresas de más de 50 trabajadores), las normas sobre premios y correcciones disciplinarias, al igual que el art. 16 LRT<sup>42</sup>. La suspensión puede oscilar entre los dos a los sesenta días, en función de la gravedad de la falta. **ALONSO GARCÍA**. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 577. Por otro lado, sobre la aplicación de las sanciones, en una primera fase, rige un principio fundamental, en virtud de la cual, su imposición corresponde a la Delegación de Trabajo, y la propuesta y la aportación de datos para determinarla y valorarla es competencia de la Inspección. **HERNÁNDEZ MÁRQUEZ**. *Tratado elemental de derecho del trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1947 (3ª edición), p. 139. En virtud de la Circular 2 de febrero 1939, durante la tramitación del expediente del Delegados de Trabajo, en aplicación del art. 2.c) Decreto 5 de enero 1939, de responsabilidad por faltas cometidas en el trabajo, tienen reconocida la facultad de decretar la suspensión de empleo y sueldo. Facultad que se mantiene en la Ley 10 de noviembre 1942 (BOE 23 de noviembre), que reorganiza las Delegaciones de Trabajo (art. 11.1.f). Aunque el régimen varía considerablemente. Los sectores que estén reglamentados se rigen por la normativa que los regula. En cambio, para las Empresas dedicadas a actividades no reglamentadas persiste el régimen del Decreto 5 de enero 1939 (sistema residual). Para la imposición de la mencionada sanción, en función de la gravedad, las respectivas Reglamentaciones de Trabajo y posteriormente los Convenios Colectivos (1958) disponen la obligación del empresario de tramitar un expediente disciplinario y dar audiencia al inculpado. Durante la sustanciación del mencionado expediente, se puede declarar la suspensión de empleo y sueldo del trabajador. A partir del Decreto 26 de octubre 1956 (BOE 25 de diciembre), el empresario ya no precisa la intervención de la autoridad administrativa para imponer la sanción, quedando facultado para imponerla directamente, ante la cual el trabajador puede interponer un recurso ante la Magistratura, cuyo fallo es inapelable (art. 13). No obstante, se entiende que la mencionada disposición (contenida posteriormente en las sucesivas reformas procesales) no impide que las Reglamentaciones y Convenios Colectivos establezcan trámites formales superiores. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 408.

<sup>342</sup> Es claro que si el incumplimiento no es grave, difícilmente se admitirá la resolución del contrato. **DURÁN LÓPEZ**. *Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador*. RPS nº 123, 1979, p. 12 y 13.

<sup>343</sup> De hecho, se entiende que la atribución al empresario de un poder disciplinario es una consecuencia de la inadecuación de las soluciones que ofrece el Derecho común y, específicamente, la lógica de la resolución de los

consiguiente, la mera existencia de una facultad disciplinaria describe un radio de inimputabilidad a efectos resolutorios, por lo que en estos casos debe hablarse de una suspensión para “reprobar” y no para “evitar extinguir”<sup>344</sup>. En este sentido, se ha afirmado que las “genuinas sanciones disciplinarias, concedida una potestad disciplinaria del empresario o patrono, son todas aquellas que no llegan a disolver el vínculo contractual y, por lo tanto, permiten su subsistencia”<sup>345</sup>.

Por otra parte, conviene tener presente que el poder de dirección del empresario no puede erigirse, *per se*, en el único fundamento de este supuesto de alteración de lo pactado. Especialmente, porque la posibilidad del empleador de prescindir del contrato como marco que describe los riesgos inicialmente previstos tiene una naturaleza extraordinaria, en el sentido, de que *excede de la prestación debida*. De modo que, sin la habilitación o reconocimiento normativo de esta facultad, la voluntad única del empresario no persiste más allá del contrato de trabajo (ROMÁN DE LA TORRE).

En consecuencia, nos hallamos ante un supuesto suspensivo que, conceptualmente, no puede ubicarse ni en la libertad de empresa, pues, está extramuros de los confines del poder disciplinario y más, genéricamente, del poder de dirección, ni en la lógica contractual por incumplimiento imputable y la estabilidad en el empleo<sup>346</sup>. Debiéndose entender que se trata de un supuesto suspensivo fundamentado en una decisión del Legislador. Teniendo presente, conviniendo con DURÁN LÓPEZ, que, lejos de beneficiar al trabajador, se trata de una facultad que le perjudica; pues, no hace más que reconocer una situación de ventaja en favor del empresario, que posibilita la sanción de determinadas conductas que conforme a la lógica del Derecho común, con toda probabilidad quedaría impunes<sup>347</sup>.

De todos modos, cabe identificar una situación (en la práctica, de difícil deslinde con la descrita) en la que podría vincularse dogmáticamente este supuesto suspensivo con el incumplimiento imputable y la estabilidad en el empleo. En concreto, nos referimos a aquellos supuestos en los que la suspensión se presenta como una alternativa al despido y, por consiguiente, estrechamente vinculada a la estabilidad en el empleo (y al art. 35 CE). Son circunstancias en las que se constata un incumplimiento imputable del trabajador. El hecho de que el empresario no esté obligado a resolver el contrato ante conductas calificables como imputables a efectos resolutorios, pudiendo optar por una suspensión de empleo, permite

---

contratos, especialmente, en los supuestos de comportamiento que no pueden calificarse como incumplimientos imputables graves.

<sup>344</sup> RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>345</sup> CABANELLAS. *Tratado de Derecho Laboral*. Vol II. El gráfico impresores. Buenos Aires, 1949, p. 464. *Cit.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 80 y 81.

<sup>346</sup> Planteamiento que probablemente también puede exportarse a los supuestos de movilidad geográfica por motivos disciplinarios u otras “sanciones” que impliquen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

<sup>347</sup> DURÁN LÓPEZ. *Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador*, *op. cit.*, p. 13 y 14.

ubicarla en la órbita del *favor negotii*. En tales situaciones, la sanción disciplinaria constituye una alternativa a la resolución o pospone sus efectos<sup>348</sup>. Desde esta perspectiva, se comprende que el ordenamiento jurídico, en aras a la estabilidad en el empleo, habilite al empresario un cauce menos traumático para reconducir este tipo de conductas del trabajador. Se trataría, por tanto, de un supuesto que, en puridad, excede del poder de dirección del empresario y, por consiguiente, próximo a la facultad resolutoria (de menor intensidad). En estos casos, puede afirmarse que este supuesto suspensivo “evita” la ineficacia del contrato. Desde esta perspectiva, se entiende que sea el empresario el que origina la interrupción del contrato<sup>349</sup>.

Este supuesto suspensivo, puede operar en dos situaciones diferenciadas: como *medida disciplinaria* y como *medida cautelar*<sup>350</sup>. La suspensión de empleo y sueldo como *medida disciplinaria*, tiene una finalidad en sí misma. Además, una vez cumplida la sanción, se mantiene la relación laboral.

En cambio, la suspensión como *medida cautelar*, no es propiamente una sanción<sup>351</sup>, pues, no tiene carácter definitivo<sup>352</sup>, sino que tiene otro fin (preservar o proteger el interés empresarial<sup>353</sup>), configurándose como una medida previa y supeditada a la decisión final del expediente contradictorio o, en definitiva, del proceso judicial<sup>354</sup>. De tal modo que, si concluye el expediente con despido y éste es calificado judicialmente como procedente, el vínculo laboral no se rompe sino desde que se produce la extinción<sup>355</sup>. Lo que plantea la duda de su compatibilidad con una sanción disciplinaria, en cuyo caso, entendemos que debería procederse

---

<sup>348</sup> No obstante, se trata de una decisión del empresario, sin que, en puridad, pueda entenderse que tenga una repercusión en términos técnico-jurídicos, y que contribuya a difuminar la distinción entre la facultad disciplinaria y la resolutoria.

<sup>349</sup> La doctrina afirma que “la suspensión de empleo y sueldo no es causa de suspensión sino suspensión propiamente dicha” **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 240. Autora, por otra parte, partidaria de una nueva sistematización de este supuesto suspensivo de la relación de trabajo.

<sup>350</sup> **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 150; **DURÁN LÓPEZ**. *La suspensión de empleo y sueldo como medida cautelar sin naturaleza de sanción*. RPS nº 115, 1977, p. ; **MARÍN RICO**. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y b) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 166; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 241 y ss.

Recogiendo esta distinción en la jurisprudencia, STS 15 de diciembre 1994 (RJ 10707). Y en la doctrina judicial, SSTSJ Extremadura 23 de febrero 2006 (AS 951); Cataluña 21 de abril 2005 (AS 2848); País Vasco 2 de enero 2004 (AS 1870); y Comunidad Valenciana 17 de abril 1998 (AS 1701).

<sup>351</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>352</sup> La doctrina habla de “suspensión provisional”. **CARRO IGELMO**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>353</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>354</sup> En este sentido se afirma que con este planteamiento en modo alguno se ha vulnerado el principio *non bis in idem*. SSTSJ Canarias [Tenerife] 29 de marzo 2004 (AS 1101); 14 de junio 2002 (AS 2515); Andalucía [Sevilla] 19 de julio 2001 (AS 3298); País Vasco 21 de marzo 2000 (AS 3276); y Comunidad Valenciana 17 de abril 1998 (AS 1701). En la doctrina, **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 292; y **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 480. De todos modos, como se analizará al estudiar el régimen del despido es preciso desvincular esta institución de los conceptos que son propios del Derecho penal.

<sup>355</sup> Durante la situación de suspensión de empleo y sueldo no existe obligación de cotizar. STS 4 de junio 2002 (RJ 8127). En contra, STSJ Cataluña 21 de abril 2005 (AS 2848). Por otra parte, Admitiendo la posibilidad de buscar otro trabajo durante la suspensión. STSJ Cataluña 7 de junio 2005 (AS 1697). Sin embargo, la STS 14 de mayo 1986 (RJ 2555) declara la imposibilidad del trabajador sancionado de prestar servicios para otra empresa de la competencia sin el consentimiento del empresario.

a la retribución del trabajador por el tiempo que ha estado con la relación de trabajo suspendida<sup>356</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta medida cautelar no está expresamente contemplada en el TRET, sin que pueda entenderse subsumida en el apartado h) del art. 45.1<sup>357</sup>. Por consiguiente, su aplicación sólo será posible si se ha previsto por la autonomía individual o bien por la colectiva, siendo esta última la vía más habitual<sup>358</sup>. Fuera de estos supuestos, no es admisible que el empresario imponga una sanción de empleo y sueldo cautelar<sup>359</sup>.

Por todo ello, la doctrina entiende que “la admisión de una suspensión de empleo y sueldo como medida cautelar sin naturaleza (principal) de sanción, sólo puede producirse cuando el ejercicio del poder disciplinario empresarial queda condicionado a unos requisitos formales (expediente) que difieren en el tiempo de la sanción y cuando, además, concurren circunstancias excepcionales que la justifiquen”<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ.** *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 253.

<sup>357</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ.** *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 242.

<sup>358</sup> STSJ País Vasco 21 de marzo 2000 (AS 3276).

<sup>359</sup> **MARÍN RICO.** *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 169. Por consiguiente, como apunta la STSJ País Vasco 21 de marzo 2000 (AS 3276), en tanto que esta medida cautelar no tienen encaje en el Estatuto de los Trabajadores, si no está prevista en el convenio colectivo aplicable, debe entenderse que la actuación empresarial que la imponga “supone una supresión de empleo y de sueldo sin soporte legítimo, una restricción de los derechos del trabajador sin cobertura legal que la justifique (derecho a la ocupación efectiva, derecho a la percepción puntual del salario, artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores)”.

<sup>360</sup> **MARÍN RICO.** *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 168.

#### **4.- La suspensión ‘ope legis’.**

La suspensión de la relación de trabajo es una vicisitud contractual que no sólo trata de evitar la ineficacia contractual derivada de la imposibilidad objetiva, la excesiva onerosidad y el incumplimiento imputable, sino que en ocasiones se erige en un elemento imprescindible para el ejercicio material de determinados derechos fundamentales. En concreto (por orden de exposición), los arts. 28.2, 9.2 y 23.2, 28.1, y, finalmente, 24.2 CE. En estos supuestos, a pesar de concurrir incumplimientos imputables o hechos sobrevenidos imposibilitantes, la suspensión y el consiguiente mantenimiento de la vigencia de la relación de trabajo es un efecto derivado del reconocimiento constitucional de tales derechos.

Por otra parte, en determinadas situaciones, y con el fin de proteger determinados bienes jurídicos, el ordenamiento jurídico impone a las partes contractuales la suspensión de la relación de trabajo, como último recurso para evitar determinadas contingencias. En concreto, nos referimos a la suspensión por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia de un menor de 9 meses, anteriormente analizadas.

#### **4.1.- La suspensión como elemento imprescindible para el ejercicio material de derechos fundamentales.**

##### **4.1.1.- La huelga como causa suspensiva.**

El ejercicio del derecho de huelga, a pesar de constituir un incumplimiento voluntario del contrato de trabajo, lleva implícita una cesación temporal, que desemboca en una liberación recíproca de las prestaciones fundamentales del contrato. Como se ha expuesto al analizar el ordenamiento jurídico republicano, se trata de una solución que altera el sistema extintivo tradicional, puesto que, a pesar del incumplimiento voluntario que toda huelga lleva implícito, el ordenamiento jurídico la trata de un modo distinto que a los demás incumplimientos imputables<sup>361</sup>. El ordenamiento jurídico, por tanto, priva de eficacia al incumplimiento

---

<sup>361</sup> “El incumplimiento colectivo en que la huelga consiste no sirve para justificar la decisión del empresario de resolver unilateralmente los contratos de trabajo de los huelguistas mediante el despido, sino que sólo autoriza una decisión de suspensión de la ejecución del contrato; pero como, realmente, la situación de suspensión en la ejecución, llamémosla material, del contrato se ha producido ya por la abstención del trabajador en el cumplimiento de sus prestaciones, al empresario sólo toca noticiar este hecho y suspender, por su parte, la propia ejecución, concretamente mediante la interrupción del abono de salarios que constituya su contraprestación frente a la prestación de trabajo”. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 214. En términos similares, **GARCÍA BLASCO** afirma que “no ha de ignorarse que el ordenamiento jurídico reacciona en punto a la configuración de los efectos del incumplimiento de una manera especial en el caso de la huelga. Esto no debe hacer pensar, como opina parte de la doctrina, que la huelga no entraña un incumplimiento contractual; evidentemente que lo supone, sólo que se opera un tratamiento ‘especialmente cualificado’, por el que aquélla será considerada como una causa diferenciada y distinta del común denominador que subyace en otros incumplimientos contractuales, determinando consecuencias



contractual, que queda absolutamente desvirtuado, porque “por encima de la supuesta ilicitud contractual, se halla el ejercicio de un derecho fundamental reconocido a los trabajadores que permite se proceda lícitamente a la abstención de la prestación laboral, esto es, a situarse fuera del contrato para conseguir las reivindicaciones planteadas”<sup>362</sup>.

Aunque conviene recordar que el efecto suspensivo de la huelga ha tenido un reconocimiento normativo relativamente reciente<sup>363</sup>.

---

especialmente significativas con respecto a otras causas. Es decir, se viene a producir una destipificación como incumplimiento – aunque en rigor lo sea – de las obligaciones contractuales del trabajador en atención a la ponderación de las circunstancias que intervienen y a los rasgos que el propio derecho de huelga lleva consigo”. **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 131.

O, como afirma, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, se trata de “una acción concertada para no realizarla [la prestación laboral] cuando ninguna otra razón lo impide”. **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, op. cit., p. 105.

<sup>362</sup> **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 131 y 132. *Vid.* al respecto extensamente, **MONEREO PÉREZ**. *La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)*. TL n° 27, 1993, p. 24 y ss.

<sup>363</sup> En efecto, durante el franquismo la huelga queda tipificada penalmente y se sanciona en la legislación de orden público. La Declaración XI.2 del Fuero del Trabajo la prohíbe, afirmando que “los actos individuales o colectivos que de algún modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella será considerados como delitos de lesa patria”. En definitiva, se trata de una derivación de la concepción de superación de la lucha de clases, conforme a la visión joseantoniana de la ‘tensión de las clases en un único destino”. **DURÁN LÓPEZ**. *La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal*. RPS n° 115, 1977, p. 49. Los arts. 44 y 45 de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo 1941 (BOE 11 de abril), no sólo prohíbe tales actos sino que los califica como delitos, sancionándolos por su simple realización, llegándose a tipificar ciertos actos de este tipo penalmente (*ex art.* 222 Código Penal 1944 – en adelante, CP<sup>44</sup>). No obstante, los efectos de la huelga respecto del contrato de trabajo no quedan del todo aclarados. En efecto, el Decreto 5 de enero 1939 que faculta a las autoridades gubernativas a imponer sanciones a los trabajadores que participen activamente en tales acciones, dispone que se podrá sancionar con la extinción del contrato o bien con la suspensión del mismo (art. 2.c y d). Es decir, a pesar de que la huelga no puede dar lugar a la suspensión de la relación de trabajo, porque queda fuera del ordenamiento jurídico, en la práctica es la Autoridad Laboral la que determina si el contrato queda extinguido o bien simplemente interrumpido. Así, la huelga constituye un ilícito civil, que autoriza la resolución de los contratos de trabajo, aunque sometida a autorización gubernativa, a través de las Delegaciones de Trabajo o de los Gobiernos Civiles. Según ALONSO OLEA, éstos “son parcos y estrictos en la admisión de despidos colectivos, imponiendo, por lo general, readmisiones, si bien con algún tipo de sanción que, también generalmente, es de carácter temporal como, por ejemplo, la pérdida del derecho, durante un cierto tiempo, a la percepción de los premios de antigüedad que el trabajador puede haber consolidado con anterioridad al incumplimiento del contrato de trabajo. Este tipo de medidas a sustituido prácticamente a las consecuencias que hubieran podido derivarse del encuadramiento de las cesaciones colectivas y concertadas en el Código Penal”. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 213. O, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO, pese a que la huelga se tipifica como un acto delictivo y un incumplimiento del contrato, aunque en la práctica no se llega a tanto, “ya porque se trate de evitar un conflicto mayor, ya por la imposibilidad real de aplicar tales consecuencias resolutorias a grandes masas de trabajadores”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*, op. cit., p. 22 y 23. El efecto extintivo de la huelga “no deriva del hecho mismo de la huelga sino de la decisión unilateral del empleador (facultado o no por la autoridad laboral)”. En consecuencia, la “huelga de por sí no extingue la relación de trabajo, siendo para ello necesario un acto de desistimiento en el despido patronal”. En el *interim*, la huelga simplemente suspende el contrato de trabajo, lo cual “no supone, en modo alguno, el reconocimiento de su licitud”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**, op. cit., p. 23. Desde un punto de vista procesal, hasta 1962, la jurisdicción laboral no entra a conocer de las extinciones contractuales motivadas por una huelga, puesto que el carácter colectivo del conflicto la excluye del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Magistratura de Trabajo de 24 de abril 1940 (BOE 3 de noviembre), *ex art.* 1 [Criterio recogido posteriormente en la Ley de Procedimiento Laboral de 1958, BOE 7 de agosto, y confirmado reiteradamente por la jurisprudencia – entre otras, SSTs 20 de noviembre 1958 (Ar. 3608); 5 de febrero (Ar. 241 y 234); 24 de febrero (Ar. 289); y 15 de diciembre 1959 (Ar. 4572). A raíz de la STCT 1 de diciembre 1961, se sienta la doctrina de que el despido por causa de huelga tiene carácter individual y por lo tanto entra dentro del ámbito de conocimiento de la jurisdicción laboral]. El sistema cambia con el Decreto 20 de septiembre 1962 (BOE 24 de septiembre) relativo a los conflictos colectivos de trabajo, que atribuye a las Magistraturas de Trabajo para conocer de los conflictos colectivos que se susciten (art. 1). El establecimiento de mecanismos de solución de los conflictos colectivos no impide que la “inobservancia de dichas normas haga incurrir al trabajador en una causa de despido”, *ex art.* 5.2 (**SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 106); erigiéndose en una nueva causa de despido que debe agregarse a las establecidas en el art. 77 LCT<sup>44</sup> (STS 18 de octubre 1968, Ar. 4359). Criterios

El motivo que impulsa al Legislador a dispensar este tratamiento particularizado no es pacífico entre los comentaristas. Un sector de la doctrina justifica la continuidad de la relación laboral porque existe un *animus continuandi* en la actuación del trabajador huelguista<sup>364</sup>. En cambio, otro sector, encabezado por ALONSO OLEA, entiende que no puede aceptarse esta tesis, porque “es muy dudoso que esto [la voluntad de reanudar la relación sobre las nuevas bases resultantes de la solución o el fallo del conflicto] justifique jurídicamente que no existe un incumplimiento del contrato”<sup>365</sup>. La tesis de la huelga-suspensión, tiene como fundamento sustancial el posibilitar realmente su ejercicio, puesto que de otro modo, lo que hace es

---

(competencia en materia de conflictos colectivos, y facultad de despido de los trabajadores que participen en los mismos contraviniendo las normas vigentes) recogidos con posterioridad en el art. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1963 (BOE 28 de enero) y de 1966 (BOE 23 de abril) y en los arts. 93 y 97 respectivamente. En los casos en los que las Reglamentaciones se remiten al reglamento de régimen interior, se puede producir una laguna normativa en aquellas empresas que no lo tengan, especialmente las que ocupan a menos de 50 trabajadores. En estos casos, algunas Reglamentaciones deniegan la facultad resolutoria del empresario y se lo atribuyen a las Delegaciones de Trabajo, aplicándose el régimen del Decreto 5 de enero 1939 (la Orden 23 de diciembre 1954 dispondrá la atribución de dicha facultad al empresario aunque no esté obligado a redactar un reglamento de régimen interior). El reconocimiento *normativo* explícito de los efectos suspensivos de la huelga no se produce hasta la promulgación del Decreto-Ley 5/1975, 22 de mayo (BOE 28 de mayo), de Conflictos Colectivos de Trabajo (en concreto, en el art. 4.1). Reconocimiento cuyos precedentes se hallan en dos normas anteriores. En primer lugar, debe mencionarse el Decreto 2354/1962, 20 de septiembre (BOE 24 de septiembre), sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo, que al reconocer al empresario una facultad resolutoria en caso de que el trabajador participe en un “conflicto” (art. 5.2), para el caso de que no la ejercite está admitiendo implícitamente la posibilidad de los efectos suspensivos de la huelga. En segundo lugar, el Decreto 1376/1970, 22 de mayo (BOE 25 de mayo), sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, prevé excepcionalmente la posibilidad de que los laudos administrativos que resuelven los conflictos o las sentencias de la Jurisdicción de trabajo el contrato suspendido del huelguista durante el tiempo de interrupción de la prestación (art. 11). *Vid.* al respecto también, **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 167 a 175; y **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 44 y 45. Por tanto, a partir de 1975, se declara que “la huelga procedente no extingue por sí misma el contrato de trabajo ni da lugar a la imposición de sanciones, pero el trabajador mientras se mantenga en huelga, no tendrá derecho al salario ni a las prestaciones de desempleo” (art. 4.1 Decreto-ley 5/1975). Al respecto *vid.*, **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 176 a 178; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *La Participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador*. “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 330 a 337; y **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 44 y 45.

<sup>364</sup> “En los contratos, se dice, las voluntades mandan. Ellas son las que deben decidir. Averiguar si una determinada circunstancia es o no causa de extinción de un contrato, es un problema de interpretación de voluntad, que por ella se debe resolver. En la huelga y el *lock out* no tienen las partes voluntad de romper el contrato celebrado. **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), op. cit., p. 252. En el mismo sentido, **MARTÍN-GRANIZO** y **GONZÁLEZ ROTHVOSS**. *Derecho Social*, op. cit., p. 358; **ALONSO GARCÍA**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 528; **MONTOYA MELGAR**. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, op. cit., p. 85. Repárese que el posicionamiento de MONTOYA MELGAR deriva de la distinción entre el abandono y los supuestos suspensivos. Según afirma, la diferencia entre ambas instituciones deriva de que en el abandono puede apreciarse una voluntad expresa del trabajador de poner fin al contrato, mientras que dicha voluntad no concurre en la suspensión (p. 76 y ss). Por su parte, FERRANDO GARCÍA entiende que “falta la voluntad de éste [el trabajador] de dar por extinguida la relación de trabajo”. Por otra parte, afirma que “desde un punto de vista jurídico no puede hablarse de incumplimiento propiamente dicho, pues ello implica que no se satisface una obligación, siendo así que en caso de ejercicio del derecho de huelga, el trabajador queda exonerado de su obligación de trabajar”. **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 46 a 48. *Vid.* una extensa exposición al respecto en, **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 144 y ss.

<sup>365</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 216. Y añade: “en la inmensa mayoría de los despidos disciplinarios tampoco existe en el incumplimiento del trabajador que justifica el despido una voluntad del trabajador recta y derechamente dirigida a la extinción del contrato de trabajo (...) sino una voluntad de incumplimiento a la que se une la pretensión de que el contrato de trabajo subsista; pese a lo cual el ordenamiento justifica la decisión empresarial de despedir; en el supuesto de la huelga, el fenómeno es similar, y, sin embargo, la solución del ordenamiento es justamente la opuesta, lo que quiere decir que su justificación ha de buscarse en motivos distintos a los de la voluntad del trabajador en cuanto a la subsistencia del contrato”. Compartiendo este planteamiento, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 104 y 105; y **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 148 y 149.

declararla virtualmente ilícita<sup>366</sup>. En definitiva, es el derecho colectivo el que fundamenta el efecto suspensivo de la huelga<sup>367</sup>.

La motivación que subyace en este planteamiento es que se estima más valioso la licitud de la huelga que la posibilidad de resolver el contrato ante cualquier incumplimiento grave<sup>368</sup>. Evidencia (y, simultáneamente, propicia) esta prioridad el reconocimiento constitucional del derecho de huelga como un derecho fundamental (art. 28.2 CE) e incluido en el listado de derechos básicos del art. 4.1 TRET<sup>369</sup>. Por consiguiente, la “prohibición de las sanciones y la configuración de la huelga como causa de suspensión del contrato de trabajo tienen una clara función instrumental a la tutela del derecho fundamental”<sup>370</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que todo este planteamiento no puede concebirse si no se parte de una premisa de partida: la necesidad de proteger la continuidad del contrato de trabajo, esto es, la estabilidad en el empleo. De todos modos, como expone FERRANDO GARCÍA, “no conviene definir sin más a la huelga como causa de suspensión del contrato de trabajo, porque huelgas hay muchas, y la configuración del hecho huelguístico como suspensión constituye una opción de la legalidad española respecto de determinado tipo de huelga”<sup>371</sup>.

Es consustancial al derecho de huelga, la configuración de un ámbito de inmunidad, esto es, que el empresario no pueda sancionar al trabajador por su ejercicio ni tampoco pueda resolver el contrato alegando un incumplimiento contractual (art. 6.1 RDLRT<sup>77</sup>) ni computando las faltas de asistencia a los efectos del art. 52.d) TRET<sup>372</sup>. Ahora bien, la cuestión está en precisar los efectos derivados de las conductas que, empleando los términos de DE LA

---

<sup>366</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 215. Recogiendo este planteamiento, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*, op. cit., p. 21.

<sup>367</sup> GARCÍA BLASCO. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 150. En cuanto a las diversas opciones que se derivan de esta tesis (principalmente, “concepción absolutista” del derecho de huelga; y “suspensión relativa del contrato de trabajo en caso de huelga”) vid. GARCÍA BLASCO, op. cit., p. 150 a 155.

<sup>368</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 216. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*, op. cit., p. 21. En este sentido, la STC nº 11, 8 de abril 1981, declara que en el “ordenamiento jurídico español actual la huelga es un derecho subjetivo, lo cual significa que la relación jurídica de trabajo se mantiene y queda en suspenso, con suspensión del derecho de salario”.

<sup>369</sup> GARCÍA BLASCO. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, op. cit., p. 147 y 148.

<sup>370</sup> GOERLICH PESET. *Los efectos de la huelga*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994, p. 13.

<sup>371</sup> FERRANDO GARCÍA. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 45. Por consiguiente, la realización de una huelga atípica (huelga de celo o reglamento, de bajo rendimiento, etc.), esto es, que no comporte una cesación de trabajo, no tienen cabida en el concepto legal de huelga a efectos suspensivos. Como afirma RODRÍGUEZ COPÉ, “si con esta modalidad de ejercicio del derecho no se deja de trabajar, está claro que el efecto tradicional o típico que provoca el derecho de huelga, esto es, la persistencia del vínculo sin trabajar y sin percibir remuneración, no se va a producir en estos supuestos específicos”. En definitiva, se trata de huelgas legales que no son causa de suspensión de la relación de trabajo. RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 293. En contra, FERRANDO GARCÍA afirma que “en el supuesto que una huelga atípica sea reputada legal, habría que entender aplicable el art. 45.1.1) TRET según el cual, el contrato de trabajo se suspende por el ejercicio del derecho de huelga” FERRANDO GARCÍA, op. cit., p. 56.

<sup>372</sup> Cfr. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1097 y 1098; GOERLICH PESET. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 53; y MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 380 y 381.

VILLA, “desborden” el ejercicio del derecho mismo<sup>373</sup>. Sin pretender realizar un estudio pormenorizado del derecho de huelga, lo cierto es que, la concreta delimitación de cuándo debe entenderse que se ha producido un ejercicio que exceda de los parámetros legales resulta fundamental, pues, la distinción entre la huelga lícita e ilícita permite distinguir entre el ejercicio de un derecho y la ilegítima interrupción de la prestación de trabajo<sup>374</sup>. O, como afirma GARCÍA BLASCO, si la huelga es ilícita, “la obligación de trabajo tiene prioridad sobre la participación en huelga, exigiéndose un elemento fundamental para configurar el propio incumplimiento: expresión no conforme con el correcto ejercicio de un derecho y, en cuanto es una abstención del trabajo no justificada, generadora de responsabilidades”<sup>375</sup>. Si bien no existen dudas respecto que la huelga legal no faculta al empresario para resolver el contrato – a no ser que incurra durante la misma en un incumplimiento imputable (art. 6.1 RDLRT<sup>77</sup>) -, no queda tan claro si la participación en la huelga ilegal es suficiente para ello.

La regulación positiva no contribuye en exceso a clarificar este extremo, pues, el art. 45.1.l) TRET dispone que el contrato de trabajo queda en suspenso por el “ejercicio del derecho de huelga”, sin especificar si sólo se refiere a la huelga legal o también a la ilegal. En este sentido, la doctrina es unánime en afirmar que el reconocimiento de la huelga como causa suspensiva en el art. 45.1.l) TRET sólo se refiere a la huelga *regular*, y no a la ilegal<sup>376</sup>. Afirmación que, sin embargo, no es suficiente para afirmar con rotundidad que la participación en una huelga ilegal pueda calificarse como una conducta constitutiva *per se* del despido.

La ausencia de un régimen jurídico detallado ha encumbrado a la labor jurisdiccional en verdadero árbitro de estas discusiones. Y, en este sentido, se aprecia la influencia del *principio de estabilidad en el empleo* en la doctrina jurisprudencial. Siguiendo a HURTADO ORTEGA, en tanto que no existe una norma que expresamente declare que la participación en una huelga ilegal comporta la extinción del contrato, es preciso acudir al régimen resolutorio conforme a las normas generales<sup>377</sup>. Además, el propio Tribunal Supremo<sup>378</sup> ha admitido que, si bien es cierto que el empresario está facultado para “sancionar” a los trabajadores incumplidores, tales

---

<sup>373</sup> DE LA VILLA GIL. *Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga*. En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”. Tecnos. Madrid, 1980, p. 108.

<sup>374</sup> HURTADO ORTEGA. *La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga*. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994, p. 307.

<sup>375</sup> GARCÍA BLASCO. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>376</sup> Por todos, RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 289 y 290. Por su parte, SUÁREZ GONZÁLEZ, críticamente, entiende que no “es lógico que se configure como causa suspensiva el ‘ejercicio del derecho de huelga’ (apartado l) – aunque evidentemente lo tiene que ser – en una disposición que ni regula el ejercicio de ese derecho ni puede referirse a él por carecer de carácter orgánico”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>377</sup> HURTADO ORTEGA. *La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga*, *op. cit.*, p. 308. Y para GOERLICH PESET “la falta de declaración contundente en este sentido permite poner en duda esta solución [los efectos extintivos de la participación en una huelga ilegal]. En efecto, en tanto el legislador no se pronuncie expresamente, habrá que entender que tal extinción se produce de acuerdo con las reglas generales”. GOERLICH PESET. *Los efectos de la huelga*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>378</sup> STS 24 de septiembre 1987 (RJ 6388).

conductas deben ser valoradas en el marco de la “presión y actividad conflictiva que una huelga siempre comporta”<sup>379</sup>. Por consiguiente, de algún modo, la jurisprudencia ha admitido no sólo que la huelga ilícita también puede calificarse como una “huelga”, sino también los efectos suspensivos de la misma<sup>380</sup>.

Derivado de lo anterior, se entiende que la declaración de la procedencia de un despido por participación en una huelga ilegal está condicionada al resultado que se obtenga de la valoración individualizada, considerándose que sólo la “participación activa” del trabajador constituye un motivo resolutorio suficiente y siempre que “el modo de participación” pueda calificarse como un incumplimiento grave y culpable<sup>381</sup>. En términos generales, la jurisprudencia entiende que “la participación activa exige la concurrencia de determinadas circunstancias, que han de referirse a la existencia de una relación causal que conecte la actuación del trabajador con la producción del conflicto ilegal, apareciendo aquél como promotor o instigador de éste, o a la realización de actos conexos con la alteración colectiva del trabajo, que amplíen su ilicitud, como es el caso de quienes amenazan a los trabajadores que continúan prestando sus servicios, dificultan el desarrollo de las funciones de los servicios de

---

<sup>379</sup> **SALA FRANCO** y **ALBIOL MONTESINOS**. *Derecho sindical*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 480.

<sup>380</sup> **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 1066, 1103 y 1104; y **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, *op. cit.*, p. 49; y **ÁLVAREZ ALCOLEA** y **GARCÍA BLASCO**. *Participación de huelga y despido en el Derecho comparado y en el Derecho español*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981, p. 293 y 294.

<sup>381</sup> STS 18 de julio 1986 (RJ 4526): “porque es verdad que la participación activa en huelga ilegal constituía una causa justa de despido de aplicación automática como tal, así anticipada en el artículo 33.i) del Decreto-Ley 4 de marzo 1977, pero que dicho artículo está derogado expresamente, por incluido en el título V del Decreto-Ley de 1977 (disposición final tercera, punto 15, del Estatuto de los Trabajadores), sin que hoy haya más causas de despido disciplinario que las contenidas en el artículo 54 del Estatuto, pues no puede actualizarse la causa j) dicha, como la causa k) del mismo artículo, mediante la aplicación del artículo 16 del propio Decreto-Ley, carente de fuerza remisoría en favor de un precepto derogado, de la misma manera que el precedente artículo 15, también incluido en el título I del Decreto-Ley, que establece un régimen sancionador diferente al del artículo 57 del Estatuto - el de la Ley de Relaciones Laborales - debe entenderse igualmente derogado. Pero esta argumentación no equivale, en contra de lo que cree el recurrente, a que dicha conducta haya quedado suprimida del despido disciplinario, sino solamente a que se estará no ante una causa de despido disciplinario cuando la misma quede subsumida en alguno de los incumplimientos contractuales graves y culpables del artículo 54, pues será el particular modo de participación del trabajador en una huelga ilegal concreta, desarrollada de la forma singular en que lo haya sido, lo que permitirá decidir si ha concurrido o no un incumplimiento contractual grave y culpable”. *Vid.* también STS 8 de mayo 1986 (RJ 2505).

Según la STS 24 de septiembre 1987 (RJ 6388), “deben tenerse en cuenta los términos en que el problema está planteado desde el punto de vista fáctico y jurídico y sobre ellos decidir si los hechos existen, es decir, si están suficientemente acreditados, y aun existiendo los mismos, si tienen la entidad suficiente y tipicidad para merecer tan grave y definitiva sanción”. En la doctrina, entre otros, **GARCÍA BLASCO**. *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, *op. cit.*, p. 264 y ss.; **RIVERO LAMAS**. *Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma*. AL 1990 – I, versión digital (La Ley 2426/2001); **BAYLOS GRAU**. *Sobre los despidos por huelga*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). *Ibidem*. Madrid, 1995, p. 218 y ss.; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *La Participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador*, *op. cit.*, p. 357; **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, *op. cit.*, p. 58 a 61; **GIL ALBURQUERQUE**. *Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de seguridad social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido*. En “Estudios sobre la huelga (Coord. Baylos Grau)”. Bomarzo. Albacete, 2005, p. 127 y ss.; y **ÁLVAREZ ALCOLEA** y **GARCÍA BLASCO**. *Participación de huelga y despido en el Derecho comparado y en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 292 y ss.

mantenimiento, ocupan ilegalmente el centro de trabajo, o perturban el acceso a los locales de la empresa”<sup>382</sup>.

Lo que a la postre significa que la huelga lícita suspende la relación de trabajo y la ilícita también, siempre que el trabajador haya participado de forma pasiva<sup>383</sup>. No obstante, en tanto que no puede admitirse que la participación activa en una huelga ilegal extinga *per se* el contrato de trabajo, sino que es el empresario el que debe instar la resolución (que sólo prosperará si el comportamiento es calificado como grave y culpable), si no ejercita esta facultad, debe entenderse que el contrato ha permanecido también en suspenso<sup>384</sup>.

Un aspecto importante a tener en cuenta, desde un punto de vista práctico, es el relativo a la dinámica del ejercicio del derecho de huelga y, en concreto, el acto en virtud del cual el trabajador se adhiere a la acción colectiva. La ausencia de una regulación específica en este sentido, especialmente, en lo relativo a las formalidades a seguir, hace pensar, siguiendo a RODRÍGUEZ COPÉ, que “no existe ningún requisito formal al respecto, por lo que será el empresario el que deducirá del comportamiento del trabajador si participa o no en la misma”. De tal modo que, “la no asistencia al trabajo será interpretada por el empresario como participación en huelga, y sobre el trabajador recaerá la carga de demostrar lo contrario”<sup>385</sup>. Y, finalmente, siguiendo en esta ocasión a HURTADO ORTEGA, la suspensión de la relación de trabajo finalizará, normalmente, con la finalización de la huelga, en el terreno colectivo, y con la *inmediata* reincorporación de los trabajadores a su puesto de trabajo, sin que tampoco sea

---

<sup>382</sup> SSTs 7 de julio y 15 de noviembre 1982 (RJ 4562 y 6705); 6 de mayo 1983 (RJ 2349); y 21 de mayo 1984 (RJ 3050).

<sup>383</sup> Cfr. **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 61 y 62; **GIL ALBURQUERQUE**. *Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de seguridad social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido*, op. cit., p. 137; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 793. Lo que, por otra parte, como apuntan **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**, no significa que los efectos de la suspensión sobre la relación de trabajo sean los mismos (especialmente, en lo relativo al Seguro Social, a la posibilidad de sustituir al trabajador huelguista, bien a los efectos sobre las vacaciones, o respecto de determinados complementos salariales). **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1104 y 1105. Vid. también, **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 50. No obstante, un sector de la doctrina entiende que los efectos suspensivos de la huelga ilegal sólo pueden derivarse de la existencia de un pacto que lo prevea. Entendiéndose que si el empresario no resuelve el contrato se está produciendo *de facto* un acuerdo tácito de suspender el contrato de trabajo ex art. 45.1.a) TRET. **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 58 y 59. Y, **RODRÍGUEZ COPÉ** parece defender que el efecto suspensivo de la huelga ilícita es consecuencia de una actitud concreta del empresario que decide no resolver el contrato. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 289 y 291. Criterios que no pueden aceptarse porque, como se ha analizado, para la resolución del contrato por parte del empresario no basta con la participación en una huelga ilegal, sino que además debe producirse una participación activa.

<sup>384</sup> **GIL ALBURQUERQUE**. *Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de seguridad social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido*, op. cit., p. 138.

<sup>385</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 295. En términos similares, **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 16; y **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 61 y 62. A no ser, como apunta la última autora citada, que a la empresa le conste que el trabajador está ausente por otro motivo distinto al de la huelga - por ejemplo, si está de vacaciones (p. 62 y 63). Siguiendo con la misma autora, también se presume la participación en la huelga los trabajadores afiliados al sindicato convocante, empleando para ello el listado de que dispone la empresa, aunque sin posibilidad de hacerlo con carácter absoluto, esto es, “practicando el descuento salarial a los afiliados aun cuando conste su no participación, y prescindiendo del descuento a otros trabajadores de la empresa” (p. 63 y 64). Sin que en cualquier caso, sea exigible que concurra una conducta dolosa o culposa por parte del empresario para apreciar la existencia de una vulneración de la libertad sindical - STC nº 11, 13 de enero 1998 (p. 65 y 65).

exigible formalidad alguna<sup>386</sup>. De todos modos, cabe la posibilidad de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo antes de la finalización de la huelga, sin que ello deba interpretarse como que tiene reconocido un derecho de huelga a la medida<sup>387</sup>.

Por consiguiente, “una vez concluida la huelga de acuerdo con las previsiones colectivas, el trabajador que no acuda a su puesto de trabajo y se abstenga de prestar sus servicios profesionales, no estará ya amparado por el derecho de huelga”. El rechazo del trabajador a la reincorporación podrá calificarse bien como un desistimiento o bien como un motivo de despido o de sanción disciplinaria<sup>388</sup>. Paralelamente, finalizada la huelga, el empresario está obligado a darle ocupación efectiva al trabajador en las mismas condiciones que con anterioridad a la huelga (la negativa del empresario a permitir la reincorporación de los trabajadores puede ser calificada como un cierre patronal encubierto y, por ende, ilegal)<sup>389 390</sup>.

#### ***4.1.2.- La suspensión de la relación de trabajo por el ejercicio de un cargo representativo.***

La regulación de lo que el TRET denomina como “excedencia” para el *ejercicio de un cargo público* (al igual que la prevista para los trabajadores que *ejercen funciones sindicales*) resulta ciertamente alambicada. No sólo confunde la institución a la que propiamente parece estar refiriéndose el Legislador, sino que, además, su regulación carece de la sistematicidad apropiada y está plagada de lagunas e imperfecciones técnicas.

A pesar del empleo del término “excedencia”, debe entenderse que se trata de un supuesto suspensivo, no sólo porque así lo predica el apartado 1 del art. 45 TRET (“el contrato de trabajo podrá *suspenderse* por las siguientes causas”), sino porque, además, presenta los efectos jurídicos propios de la suspensión de la relación de trabajo<sup>391</sup>. De hecho, es pacífico en la jurisprudencia y la doctrina judicial que la “excedencia forzosa” se caracteriza principalmente

---

<sup>386</sup> En este sentido también, **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1094; **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 17; y **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 67.

<sup>387</sup> **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 17.

<sup>388</sup> **HURTADO ORTEGA**. *La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga*, op. cit., p. 290 y 291; **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 16; y **FERRANDO GARCÍA**. *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, op. cit., p. 69 y 70.

<sup>389</sup> **HURTADO ORTEGA**. *La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga*, op. cit., p. 290 y 291; y **GOERLICH PESET**. *Los efectos de la huelga*, op. cit., p. 16.

<sup>390</sup> Finalmente, a modo de aclaración, en cuanto al cierre patronal simplemente anotar que no es objeto de estudio porque a pesar de que puede motivar la suspensión de la relación de trabajo, en esencia, se trata de una medida dirigida a proteger al empresario de la obligación de abonar el salario de los trabajadores no huelguistas.

<sup>391</sup> Art. 46.1 TRET: “que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia...”. En la doctrina judicial STSJ Extremadura 5 de mayo 2003 (AS 2983). Y en la doctrina, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 155; y **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, op. cit., p. 64.

por la conservación o reserva del puesto de trabajo con la consiguiente reincorporación automática del excedente forzoso o del trabajador a su término<sup>392</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, se trata de un supuesto particular. A pesar del empleo del término “forzoso” (arts. 45.1.k y 46.1 TRET) y de la expresión “que *imposibilite* la asistencia al trabajo” (art. 46.1 TRET), no puede afirmarse que se trate de un supuesto de imposibilidad objetiva, porque no es inimputable<sup>393</sup>. La “imposibilidad” a la que se refiere el art. 46.1 TRET no tiene su origen remoto en un hecho obstativo sobrevenido, sino en una decisión individual del trabajador<sup>394</sup>. Por este motivo, puede entenderse que se trata de un supuesto en el que el trabajador, de algún modo, “desiste” voluntariamente y de un modo temporal del contrato de trabajo<sup>395</sup>.

Afirmación que, no obstante, debe matizarse para el caso previsto en el art. 37.3 d) TRET (ausencia de más del 20 % de las horas laborables en un período de tres meses<sup>396</sup>), pues, como se sabe, la *iniciativa* ya no reside exclusivamente en el trabajador, sino que es compartida con el empresario. No obstante, en este caso, debe interpretarse que al empresario sólo tiene la posibilidad de advertir al trabajador, correspondiéndole únicamente a éste facultad de determinar si finalmente opta por la “excedencia” o no (de todos modos, no conviene olvidar que la decisión de ocupar un cargo representativo le pertoca primariamente al trabajador)<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> STS 6 de noviembre 1997 (RJ 1998\733). Recogiendo este planteamiento en la doctrina judicial, STSJ Madrid 7 de noviembre 2005 (AS 2006\680). Y, en la doctrina laboral se trata de una tesis que tiene una amplia aceptación. Por todos, *vid.* **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>393</sup> De hecho, para ALONSO OLEA el término “forzoso” se refiere a las “excedencias” que necesariamente han de ser concedidas si el trabajador las solicita. **ALONSO OLEA**. *Lecciones sobre contrato de trabajo*. Universidad de Madrid, 1968, p. 196 y 197. Y, **ÁLVAREZ ALCOLEA** afirma que “evidentemente, no puede ser calificado como de modificación sobrevenida de las circunstancias, por cuanto no se trata de un suceso imprevisible o previsible pero inevitable”. **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>394</sup> Siempre es posible la negativa del trabajador elegido al desempeño del cargo público, por lo que en la actualización del supuesto suspensivo es definitiva la voluntad del trabajador. La calificación no puede, por tanto, ser otra que estimar la suspensión del contrato como producto del ejercicio por el trabajador de una facultad legalmente reconocida”. **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>395</sup> En este sentido, VIDA SORIA afirma – analizando el contenido de la LCT<sup>44</sup> – que “no se puede, en cambio, hablar ante este supuesto de la ‘inculpabilidad’ del trabajador llamado a ejercer el cargo en cuestión; es decir: no se puede hablar aquí de obligatoriedad en su desempeño; y ello porque los cargos públicos, y en general podemos decir que los públicos no son de obligatoria aceptación; todos son renunciables”. **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 299 y 300.

<sup>396</sup> Regla que debe entenderse referida a las horas laborables que, en cómputo anual, corresponderían a tres meses”. **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>397</sup> Manteniendo inicialmente este criterio, **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, p. 346 y 347. No obstante, se trata de una cuestión ciertamente controvertida, pues, un numeroso sector de la doctrina entiende que en estos supuestos - art. 37.3 d) TRET - es el empresario el que está facultado para imponer la suspensión de la relación de trabajo si lo estima conveniente (entre otros, el empleo de la expresión “podrá la empresa”, se erige en uno de los principales argumentos sobre el que se sostiene este planteamiento). *Vid.* al respecto, **ALFONSO MELLADO**, **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *El Desempeño de cargo público y la excedencia forzosa regulada en el artículo 37.3.d), párrafo 2.º E.T.* RTS nº 53, 1995, p. 26 y 27 (*vid.* también la doctrina citada en nota 4, p. 27); **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 55; **PÉREZ ALONSO**. *La excedencia laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995, p. 76; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 170 y 171; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 200. En la jurisprudencia, STS 19 de marzo 1986 (RJ 1352); y, en la doctrina judicial, STSJ Castilla La Mancha 21 de enero 1994 (AS 339).

Sin embargo, es posible identificar algunos elementos que, al menos, ponen en tela de juicio la validez del planteamiento brevemente descrito. En primer lugar, el art. 37.3 d) TRET se remite al régimen jurídico del art. 46.1



Por todo ello, puede afirmarse que el origen de este supuesto suspensivo reside en un incumplimiento voluntario del trabajador, sin que el empresario pueda proceder a la resolución contractual.

Llegados a este punto, puede afirmarse que la estructura conceptual que configura la fundamentación dogmática de este supuesto suspensivo se asemeja a la propuesta para los supuestos de huelga. En este caso, simultáneamente a la estabilidad en el empleo, se pretende proteger la participación del trabajador-ciudadano en la vida política (art. 9.2 CE) junto con el acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE). Y, la suspensión de la relación de trabajo en estas situaciones no sólo posibilita la continuidad del contrato de trabajo, sino que, principalmente, habilita las condiciones materiales para que el ejercicio de estos derechos constitucionalmente reconocidos sea posible<sup>398</sup>. Por consiguiente, la motivación que subyace en este planteamiento es que se estima más valioso la participación en la vida política que la posibilidad de resolver el contrato por “abandono” o “desistimiento” temporal.

En cuanto a su regulación jurídica, los apartados f) y k) del art. 45.1 TRET se refieren a la suspensión de la relación de trabajo *por ejercicio de cargo público representativo* y por *excedencia forzosa*. A pesar de esta bicefalia, es pacífico en la doctrina entender que se trata de una imperfección técnica, y que realmente constituyen una única causa, pues, así se desprende de lo

---

TRET. Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que dicho precepto reconoce un derecho al trabajador, sin que el empresario esté facultado para negárselo (se afirma que se trata de un derecho de obligada concesión), siempre y cuando concurra el presupuesto de hecho descrito en la norma, claro está. Criterio aceptado mayoritariamente por la doctrina laboral. Entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 158 y 175 – que cita a PEDRAJAS MORENO; y RODRÍGUEZ COPÉ, *op. cit.*, p. 201. En definitiva, resulta ciertamente difícil encontrar un elemento en el art. 37.3 d) TRET que, desde un punto de vista técnico-jurídico, posibilite la “desconexión” del carácter voluntario que tiene la “excedencia forzosa” para el trabajador, como propone GORELLI HERNÁNDEZ para salvar la interpretación anteriormente descrita, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, nota 4, p. 158.

En segundo lugar, como se analizará, la “excedencia” sólo opera para el caso de que “imposibilite” al trabajador el desarrollo de su prestación. Circunstancia, sin la cual el art. 46.1 TRET no puede desplegar sus efectos. Por consiguiente, cabe entender que si no concurre la citada “imposibilidad” no puede declararse la “excedencia forzosa”, a no ser que la consienta el trabajador. Sin que en este sentido, pueda aceptarse, como mantiene PÉREZ ALONSO, que para los supuestos del art. 45.1 f) TRET no sea exigible que concurra la mencionada “imposibilidad para el trabajo” (PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 76; compartiendo el criterio que se defiende GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, nota 19, p. 165), pues, es pacífico en la doctrina que los apartados f) y k) del art. 45.1 TRET se refieren al mismo supuesto. De hecho, RODRÍGUEZ COPÉ afirma que “el derecho del trabajador no se reconoce si es posible establecer una compatibilidad entre ambas actividades”, siendo legítima la negativa del empresario. RODRÍGUEZ COPÉ, *op. cit.*, p. 201 y 202. En términos similares, se manifiestan ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, *op. cit.*, p. 26.

También, se argumenta que lo que posibilita el art. 37.3 d) TRET es el reequilibrio del contrato de trabajo, pues, al tratarse de un permiso sigue estando obligado al abono del salario. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 171. Sin embargo, conviene tener presente que si se acepta la facultad empresarial de “pasar” al trabajador a la situación de “excedencia” si se supera el citado porcentaje, se está repercutiendo sobre el trabajador los costes de la misma, pues, en el extremo, por ausentarse un 21 % de la jornada, deja de percibir el 100 % del salario. Lo que a la postre, se erige en un gran desincentivo a la participación en la vida pública de los trabajadores, finalidad, no se olvide, que es la que fundamenta este supuesto suspensivo. Por consiguiente, el término “podrá la empresa” empleado en el art. 37.3 d) TRET no puede entenderse en el sentido de reconocimiento de una facultad potestativa del empresario.

La cuestión, entonces, está en determinar qué puede suceder si el trabajador decide no suspender la relación de trabajo. En tal caso, cabría entender que las faltas de asistencia que superen el 20 % citado, hasta que no imposibiliten la prestación de trabajo, podrían computarse como un permiso no retribuido. En tal caso, el empresario vería aligerada la carga que pesa sobre él.

<sup>398</sup> En este sentido, PEDRAJAS MORENO. *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, p. 348; GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 171 y 172.

previsto en el art. 46.1 TRET<sup>399</sup>. La identificación del término “forzoso”, *ex* art. 46.1 TRET, con la expresión “designación o elección de un cargo público” posibilita esta interpretación.

Sin embargo, el precepto plantea numerosos problemas aplicativos, pues, resulta sumamente difícil delimitar el supuesto de hecho a que se refiere. En primer lugar, resulta ciertamente complejo delimitar el sentido de la expresión “cargo público”<sup>400</sup>. En este sentido, la doctrina ha tratado de identificar los elementos que caracterizan a este concepto: “debe tratarse de un cargo de carácter público, representativo, que se acceda a él bien por designación o elección y que su ejercicio implique una imposibilidad para desarrollar la prestación de trabajo”<sup>401</sup>.

En cuanto a lo que debe entenderse por *cargo público*, la doctrina ha concluido que se trata de un concepto jurídico indeterminado<sup>402</sup>. Por otra parte, el intento del Legislador de ofrecer “elementos de concreción” para la delimitación de este concepto han resultado ciertamente inoperantes, por confusos. En efecto, mientras que el art. 45.1 f) TRET se refiere a la naturaleza “representativa” del cargo público, el art. 46.1 TRET omite hacer referencia a esta cuestión; pero, en cambio, éste añade la posibilidad de acceder al mismo por “designación o elección”, sin que dicha circunstancia se prevea en ninguno de los apartados citados del art. 45 TRET. En este contexto normativo de “delimitación conceptual cruzada”, resulta ciertamente complejo precisar el sentido al que quiere referirse el Legislador, sin que, por otra parte, exista un acervo jurisprudencial lo suficientemente amplio como para entender que se trata de una cuestión incontrovertida<sup>403</sup>.

La STS 7 de marzo 1990<sup>404</sup> declara que “cargo público no es el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente”<sup>405</sup>. Sobre la base de este planteamiento y del contenido de la norma, la doctrina laboral entiende que es posible establecer unas mínimas líneas de delimitación. En concreto, se afirma que “sólo puede acudir a la excedencia forzosa cuando se accede a un cargo público por elección o designación, cuando no implique una relación de empleo como funcionario o de carácter laboral”; exigiéndose que se desarrolle en el

---

<sup>399</sup> MÁRQUEZ PRIETO. *Arts. 45 a 48, op. cit.*, p. 565 y ss.; CAMACHO ORTEGA. *La excedencia sindical, op. cit.*, p. 55; y SOLÀ MONELLS. *Arts. 45 a 48, op. cit.*, p. 807. GORELLI HERNÁNDEZ, por su parte, compartiendo este criterio, añade que además sería deseable que se eliminara el supuesto previsto en el apartado f) del art. 45.1 TRET. GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 155.

<sup>400</sup> Dificultad destacada desde antiguo por la doctrina laboral, VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 292 y ss.

<sup>401</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 160.

<sup>402</sup> VIDA SORIA. *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 294. Compartiendo este criterio, GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 160.

<sup>403</sup> Por su parte, los criterios doctrinales al respecto son ciertamente numerosos. Una breve exposición al respecto en, PÉREZ ALONSO. *La excedencia laboral, op. cit.*, p. 72 a 75.

<sup>404</sup> RJ 1775.

<sup>405</sup> En la doctrina al respecto *vid.*, CAMACHO ORTEGA. *La excedencia sindical, op. cit.*, p. 59 y 60.

seno de una Administración (descartándose los supuestos en los que el cargo público se desarrolle en el seno de empresas, aunque sean públicas<sup>406</sup>)<sup>407</sup>.

En lo relativo al carácter *representativo*, se entiende que debe tener un origen en un sistema *electivo* de carácter popular. Aunque también cabe englobar a los cargos públicos elegidos por *designación*, sobre la base de lo previsto en el art. 46.1 TRET<sup>408</sup>. En segundo lugar, la suspensión de la relación de trabajo queda justificada en el instante que el ejercicio del cargo público tiene *carácter temporal*, con independencia de la forma como se haya accedido al cargo<sup>409</sup>.

En lo relativo al requisito de la “imposibilidad de asistencia al trabajo”, es importante advertir de su importancia, pues “la razón de ser de dicha excedencia estriba en la incompatibilidad entre el ejercicio del cargo que la ocasiona y la normal continuidad de la prestación de trabajo”<sup>410</sup>. O, como afirma la STS 25 de octubre 2000<sup>411</sup> “La excedencia forzosa se caracteriza en este precepto [art. 46.1 TRET] como una causa de incompatibilidad material

---

<sup>406</sup> En este sentido, STSJ Galicia 22 de mayo 1998 (AS 1433). Según la STSJ País Vasco 21 de junio 1994 (AS 2677) “cargo público es el que ejerce funciones públicas desde una Administración Pública, bien sea éste de libre designación, de elección o funcionarial, pero nunca puede elevarse - por consideración - a cargo público el puesto de trabajo que se deriva de una contratación laboral como personal de Alta Dirección”. En cambio, para la STSJ Canarias (Tenerife) 14 de marzo 2005 (JUR 105287) el nombramiento como gerente (del organismo denominado “Instituto Insular de Informática”) da derecho a acceder a la situación de “excedencia forzosa”.

<sup>407</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 160 y 161. Según el citado autor, los cargos públicos por designación, son aquellas persona que pasen a desempeñar cargos por designación política en órganos u organismos de gestión de los asuntos públicos, teniendo estos sujetos capacidad directiva sobre dichos organismos públicos, sean estos de carácter constitucional (...) o puestos de altos cargos dentro de las Administraciones públicas que quedan fuera de la carrera funcionarial”. Por otra parte, respecto de las personas designadas para desarrollar tareas de asesoría técnica a los cargos públicos, pese a que no debería reconocérseles la posibilidad de pasar a una situación de excedencia forzosa, por no realizar funciones de carácter político, la jurisprudencia y doctrina judicial lo ha reconocido (por ejemplo, SSTSJ Baleares 17 de noviembre 1993, AS 4835; Cataluña 23 de marzo 1993, AS 1547; Madrid 19 de febrero 1993, AS 998). **GORELLI HERNÁNDEZ**, *op. cit.*, p. 161 a 164. En este sentido, la STS 7 de marzo 1990 (R 1775) reconoce el derecho a pasar a la situación de “excedencia forzosa” a un trabajador nombrado Vocal Asesor de un Ministerio. En términos similares, STS 15 de julio 1982 (RJ 4620). Y la STSJ Andalucía (Sevilla) 19 de diciembre 2002 (AS 2003\549) reconoce el derecho a la “excedencia forzosa” a un empleado laboral del Ayuntamiento de Jerez por ser nombrado coordinador de área como funcionario eventual en puesto de confianza o de asesoramiento especial por el Consejero de Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía.

En contra de esta corriente interpretativa, STSJ País Vasco 21 de junio 1994 (AS 2677).

Finalmente, la STS 20 de septiembre 2000 (RJ 8341) ha confirmado la doctrina sentada por los pronunciamientos citados (en concreto, la STSJ Cataluña 23 de marzo 1993, AS 1547), afirmando que los asesores técnicos tienen derecho a solicitar la excedencia siempre que el nombramiento tenga “naturaleza política público temporal, y amovible, y no de nombramiento hecho directamente y por propia iniciativa por el grupo político”. Doctrina citada en las SSTSJ Baleares 13 de septiembre 2002 (AS 4030); Andalucía (Málaga) 5 y 19 de diciembre 2002 (AS 4204 y 2003\549); y Madrid 10 de abril 2006 (AS 1726).

<sup>408</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 161 y 162. Según, la STSJ Andalucía (Málaga) 5 de diciembre 2002 (AS 4204), “deben considerarse incluidos en tal supuesto de excedencia forzosa tanto los cargos de carácter representativo como no representativo y tanto aquellos en que su titular es elegido como designado”.

Por otra parte, no cabe reconocer la “excedencia forzosa” si al acceder a tal cargo [público] se había extinguido el contrato de trabajo, con lo cual mal puede pasar a la situación de excedente en una empresa un trabajador cuando ya no trabaja para la misma”. STSJ 20 de julio 2000 (JUR 273044).

<sup>409</sup> STS 7 de marzo 1990 (RJ 1775); y SSTSJ País Vasco 20 de julio 1993 (AS 3387); Galicia 4 de diciembre 1995 (AS 4574). En la doctrina, **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 807.

<sup>410</sup> STSJ Madrid 7 de noviembre 2005 (AS 2006\680).

<sup>411</sup> RJ 9676.

con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo”<sup>412</sup>. Por consiguiente, se trata de un requisito constitutivo, sin el cual no puede reconocerse la “excedencia forzosa”<sup>413</sup>. Por otra parte, no sólo debe entenderse que “haga incompatible el desempeño simultáneo de las funciones derivadas del cargo y los propios del puesto de trabajo”<sup>414</sup>, sino que también debe entenderse referido a la imposibilidad de combinar ambas actividades por motivos horarios; es decir, una imposibilidad de asistencia al trabajo”<sup>415</sup>.

Coincidiendo con GORELLI HERNÁNDEZ, no puede entenderse que el derecho del trabajador a la “excedencia forzosa” sólo debe reconocerse en el caso de que el nivel de inasistencia supere el 20 % de la jornada en tres meses, tal y como se establece en el art. 37.3 d) TRET<sup>416</sup>.

Confirmada la elección o designación y la voluntad del trabajador de desarrollar el cargo público, el trabajador tiene derecho a la “excedencia forzosa” con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de su relación laboral<sup>417</sup>, debiendo comunicar al empresario su voluntad de disfrutar la situación de “excedencia forzosa”. Situación que se prolongará el tiempo que dure el cargo, esto es, hasta el cese definitivo (por expiración del término establecido o por acaecimiento de circunstancia sobrevenida – dimisión o renuncia; no así, por tanto, si es reelegido<sup>418</sup>)<sup>419</sup>.

En cuanto a los efectos de la “excedencia forzosa”, al igual que cualquier otro supuesto suspensivo, como se sabe, el trabajador tiene reconocido el derecho a la conservación o reserva del puesto de trabajo con la consiguiente reincorporación automática<sup>420</sup>. Esto es, “una vez cesada la causa - arts. 46.1 y 48.1 TRET-, [se produce el efecto] de la readmisión al puesto de trabajo reservado al excedente”<sup>421</sup>. O, en sentido contrario, sólo tras el cese en el cargo público puede hacerse efectivo el reingreso; por lo que, no procede si en la fecha de la solicitud el trabajador sigue ostentando el cargo público representativo que dio lugar a la excedencia forzosa<sup>422</sup>.

---

<sup>412</sup> En términos similares, SSTSJ Madrid 10 de junio 2003 (AS 3687); Galicia 17 de noviembre 2001 (JUR 2002\21205).

<sup>413</sup> *Vid.* al respecto, STSJ Baleares 13 de septiembre 2002 (AS 4030).

<sup>414</sup> **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 201.

<sup>415</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>416</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 169 y 170.

<sup>417</sup> SSTSJ Asturias 25 de octubre 2002 (AS 3479); y Galicia 8 de octubre 2003 (JUR 2004\48517).

<sup>418</sup> *Vid.* al respecto, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 176 y 177.

<sup>419</sup> STSJ Cantabria 31 de julio 1997 (AS 2426) “La institución de la excedencia forzosa viene condicionada en su duración a la del cargo público que se ejerce”.

<sup>420</sup> SSTS 6 de noviembre 1997 (RJ 1998\733); y 25 de octubre 2000 (RJ 9676); 14 de febrero, 26 de octubre y 29 de noviembre 2006 (RJ 2230, 6685 y JUR 292028); SSTSJ Comunidad Valenciana 17 de enero 2006 (AS 1284); País Vasco 13 de septiembre 2005 (AS 2744); Madrid 25 de abril 2005 (AS 1534); y 10 de junio 2003 (AS 3687); y Navarra 27 de mayo 2002 (AS 1839).

<sup>421</sup> STS 20 de noviembre 1989 (RJ 8206); y STSJ Madrid 7 de noviembre 2005 (AS 2006\680).

<sup>422</sup> STSJ Madrid 7 de noviembre 2005 (AS 2006\680).

Como se sabe, dicho reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público - art. 46.1 TRET<sup>423</sup>. Esto es, el “deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público y que el trabajador deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función, plazo que es una obligación impuesta al trabajador y una consecuente obligación del empresario de readmitirle en todo caso”<sup>424</sup>.

Finalmente, el tratamiento que dispensa la negociación colectiva al respecto es bastante pobre, limitándose a reproducir el contenido del art. 46.1 TRET<sup>425</sup>. Y, en casos muy puntuales, se opta por incrementar el período para la reincorporación<sup>426</sup>.

#### ***4.1.3.- La suspensión de la relación laboral por el ejercicio de un cargo sindical.***

En cuanto a la “excedencia” por ejercicio de funciones sindicales, el fundamento dogmático que subyace en este supuesto es el mismo al descrito en el análisis precedente, aunque en este caso, el *fin o fundamento próximo* es la protección de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 CE<sup>427</sup>. O, mejor dicho, de determinadas manifestaciones (privilegiadas) de la

---

<sup>423</sup> *Vid.* al respecto, STSJ Galicia 4 de diciembre 1995 (AS 4574). Reingreso que deberá solicitarse en este plazo aunque el trabajador se encuentre en una situación de incapacidad temporal. STSJ Cantabria 31 de julio 1997 (AS 2426).

<sup>424</sup> STSJ Canarias (Tenerife) 16 de noviembre 2001 (JUR 2002\42170).

<sup>425</sup> Art. 22 CCOL – Baleares - Vehículos de Alquiler sin Conductor (BO. Illes Balears 18 de diciembre 2007, LIB 349); Art. 23 CCOL – Murcia – Derivados del Cemento (BO. Región de Murcia 8 de enero 2008, LRM 8); Art. 22 CCOL – Teruel - limpieza de locales y edificios de Teruel (BO. Teruel 10 de diciembre 2007, LEG 6797); Art. 76 CCOL – Estatal – Madera (BOE 7 de diciembre 2007, RCL 2220); Art. 22 – Zaragoza - Confeiterías, Pastelerías y Venta de Dulces (BO. Zaragoza 5 de junio 2003, LEG 2007\6780); Art. 57 CCOL – Estatal – Cajas de Ahorros (BOE 30 de noviembre 2007, RCL 2169); Art. 40 CCOL – Málaga – Sector de la Automoción (BO. Málaga 4 de diciembre 2007, RCL 7088); Art. 35 CCOL – Cataluña - Arqueología y la paleontología (DOGC 2 de enero 2008, LCAT 1); Art. 22 CCOL – Guipúzcoa – Comercio (BO. Guipúzcoa 8 de noviembre 2007, LEG 7201); Art. 44 – Murcia - Industria Siderometalúrgica (BO. Región de Murcia 7 de noviembre 2007, LRM 337); Art. 57 CCOL – Estatal - Empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 16 de noviembre 2007, RCL 2073); Art. 17 CCOL – Valencia - Industrias Vinícolas y Comercio (BO. Valencia 9 de noviembre 2007, LEG 6723); Art. 37 CCOL Empresas consignatarias del Mercado Central del Pescado de Barcelona-Mercabarna (DOGC 18 de octubre 2007, LCAT 600); Art. 12 – Extremadura - Comunidad de Regantes de Valdecañas y su personal (DO. Extremadura 25 de septiembre 2007, LEG 6415); Art. 30 CCOL – Almería - Sector trabajo en el campo (BO. Almería 28 de agosto 2007, LEG 6322); Art. 18 CCOL – Guipúzcoa – Oficinas y Despachos (BO. Guipúzcoa 12 de septiembre 2007, LEG 5800); Art. 28 CCOL – Asturias - Grúas Móviles Autopropulsadas (BO. Principado de Asturias 19 de septiembre 2007, LPAS 328); Art. 26 CCOL – Cataluña - Empresas de inspección técnica de vehículos (DOGC 16 de octubre 2007, LCAT 591); Art. 16 CCOL – Estatal - Sector de Harinas, Panificables y Sémolas (BOE 3 de septiembre 2007, RCL 1654); Art. 55 CCOL – Estatal - Perfumería y afines (BOE 23 de agosto 2007, RCL 1624); Art. 55 CCOL – Estatal - Industria química (BOE 29 de agosto 2007, RCL 1639); Art. 36 CCOL – Estatal - Servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 21 de agosto 2007, RCL 1617); Art. 38 CCOL – Tarragona - Sector de las industrias del aceite y sus derivados (DOGC 24 de agosto 2007, LCAT 514); Art. 88 CCOL – Estatal - Sector de la Construcción (BOE 17 de agosto 2007, RCL 1608).

<sup>426</sup> Dos meses, Art. 26 CCOL – Estatal - Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de Madera y Corcho (BOE 1 de diciembre 2007, RCL 2186); y Art. 42 CCOL – Cataluña – Sector de Productos Dietéticos y Preparados Alimenticios (DOGC 5 de octubre 2007, LCAT 576).

<sup>427</sup> Al respecto *vid.*, GORELLI HERNÁNDEZ. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 190 y 191.

misma, pues, este beneficio sólo se reconoce a los *cargos electivos* de “nivel provincial, autonómico o estatal” de los sindicatos que tengan la condición de “más representativos”.

Antes de continuar con el análisis de este supuesto suspensivo, conviene tener presente, tal y como se ha hecho al describir el objeto de este estudio, que a raíz de la promulgación de la LOLS<sup>428</sup>, debe entenderse que los supuestos de excedencia previstos en el art. 46.4 TRET no pueden calificarse como integrantes del principio de estabilidad en el empleo (al igual que la excedencia voluntaria) por cuanto que no garantizan, en la interpretación dada por la STC nº 263, 3 de octubre 1994, el reingreso, sino simplemente un derecho preferente, condicionado a la existencia de vacante<sup>429</sup>.

La regulación de esta manifestación del principio de estabilidad en el empleo está recogida en el art. 9.1.b) LOLS<sup>430</sup>. Como condicionante previo, se exige que el trabajador haya sido *elegido* en el seno de la organización sindical (como ya se ha apuntado, que tenga la condición de “más representativo”, *ex* LOLS), según lo previsto en sus estatutos, sin que este beneficio sea predicable respecto de los cargos meramente burocráticos (o administrativos) o profesionales<sup>431</sup>.

Vinculado con lo anterior, de la redacción de la norma se desprende que se trata de un derecho de cualquier trabajador que haya sido elegido, sin condicionarse a la naturaleza del vínculo contractual que le una con el empresario (temporal o indefinida; a tiempo completo o parcial), ni tampoco sea exigible una determinada antigüedad en la empresa. Por otra parte, la doctrina entiende que a diferencia de lo previsto en el art. 46.1 TRET no es exigible que el ejercicio de este cargo tenga efectos imposibilitantes<sup>432</sup>.

Al igual que con ocasión del anterior supuesto analizado, difícilmente, puede justificarse el empleo del término “forzoso” para describir esta figura – *ex* art. 9.1.b) LOLS –, pues, es claro que también en este caso, en la actuación del supuesto suspensivo es definitiva la

---

<sup>428</sup> Un análisis doctrinal al respecto con anterioridad a la promulgación de la LOLS en, **PEDRAJAS MORENO**. *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, p. 398 y ss.; y **PÉREZ ALONSO**. *La excedencia laboral*, *op. cit.*, p. 85 y 86.

<sup>429</sup> Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a cuestionarse si se trata figuras distintas o bien de dos regulaciones de un mismo supuesto. En este sentido, para SOLÀ MONELLS, la STC nº 263, 3 de octubre 1994, declara que ambos preceptos regulan una misma institución pero con dos hipótesis distintas; justificándose de este modo, la existencia de un tratamiento diferenciado entre ambas. **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 808 y 809.

Sin embargo, un sector de la doctrina laboral, estima que resulta mucho más acertado emplear la “expresión ‘excedencias sindicales’, pues con ella se patentiza el escollo infranqueable que supone reducir a unidad conceptual instituciones diferentes, porque distinto es el régimen jurídico que las particulariza”. Llegándose a afirmar que la expresión “excedencia sindical” es un “mero *nomen iuris* carente de contenido”. **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>430</sup> Un extenso análisis de la evolución histórica de este supuesto en, **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 125 a 144.

<sup>431</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>432</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 192. En este sentido, un sector de la doctrina ha manifestado ciertas dudas respecto de la constitucionalidad del rechazo por parte del empresario a que el trabajador acceda a la suspensión por ejercicio de cargo electivo en un sindicato más representativo, cuando no tenga efectos imposibilitantes en el desempeño de su trabajo. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 220. Exigiendo la concurrencia de la imposibilidad, **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 185.

voluntad del trabajador<sup>433</sup>. Sin que por otra parte el empresario esté facultado para oponerse (aunque sí puede exigirle que lo acredite)<sup>434</sup>; lo que, por otra parte, no debe interpretarse en el sentido de que el trabajador pueda erigirse en el definidor de su propio derecho para el caso de discrepancia con el empresario, debiéndose reconducir a la esfera jurisdiccional<sup>435</sup>.

En cuanto a la duración, habrá que estar al tiempo durante el que se prolongue el cargo sindical (según lo previsto en los estatutos), incluidas las prórrogas, e incluso si el trabajador es nombrado para un cargo sindical distinto en el mismo o distinto sindicato<sup>436</sup>. Además, al igual que cualquier otro supuesto suspensivo, el trabajador tiene derecho al “cómputo de la antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo” y a la “reserva de su puesto de trabajo”, debiéndose incorporar en el plazo de un mes desde la finalización.

Finalmente, el papel de la negociación colectiva en el desarrollo de este supuesto suspensivo (a diferencia del relativo al ejercicio de un cargo público) ha sido especialmente destacable. Apartándose del criterio del TC, es bastante frecuente que se reconozca el derecho a la conservación del puesto de trabajo a los trabajadores que genéricamente ejerzan funciones de carácter sindical<sup>437</sup>. Y, en algunos casos, sólo se reconoce para las empresas de más de 50 trabajadores<sup>438</sup>. Aunque también existen otros que se alinean con el criterio restrictivo del TC<sup>439</sup>. Por otra parte, también se opta por extender el ámbito de aplicación de este supuesto suspensivo al no circunscribirlo a los ámbitos provinciales o superiores<sup>440</sup>. Sin que, por otra

---

<sup>433</sup> En este sentido, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 191; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 809.

<sup>434</sup> STSJ Comunidad Valenciana 5 de octubre 1999 (AS 2000\610). En la doctrina, recogiendo este criterio, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 218; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 809.

<sup>435</sup> **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>436</sup> **CAMACHO ORTEGA**. *La excedencia sindical*, *op. cit.*, p. 184; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>437</sup> Art. 76 CCOL – Estatal – Madera (BOE 7 de diciembre 2007, RCL 2220); Art. 74 CCOL – Cantabria – Fabricación de Derivados del Cemento (BO. Cantabria 13 de septiembre 2007, LCTB 263); Art. 38 CCOL – Tarragona – Industrias siderometalúrgicas (DOGC 10 de septiembre 2007, LCAT 532); Art. 23 CCOL – Murcia – Derivados del Cemento (BO. Región de Murcia 8 de enero 2008, LRM 8); Art. 16 CCOL – Estatal – Sector de Harinas, Panificables y Sémolas (BOE 3 de septiembre 2007, RCL 1654); Art. 22 CCOL – Guipúzcoa – Comercio (BO. Guipúzcoa 8 de noviembre 2007, LEG 7201); Art. 32 CCOL – Zamora – Sector de Industrias de Tintorería y Limpieza de Ropa, Lavanderías y Planchado de Ropa (BO. Zamora 13 de julio 2007, LEG 6705); Art. 10 CCOL – Asturias – Panaderías (BO. Principado de Asturias 30 de junio 2007, LPAS 230); Art. 27 CCOL – Álava – Sector de Industrias y Comercio de Pan (BO. Álava 19 de enero 2007, LEG 173); Art. 50 CCOL – Estatal – Industria textil y de la confección (BOE 4 de enero 2007, RCL 32); Art. 26 CCOL – Asturias – Almacenistas y Embotelladores de Vino (BO. Principado de Asturias 2 de diciembre 2006, LPAS 338); Art. 28 CCOL – Bizkaia – Sector Hormigones y Canteras (BO. Bizkaia 18 de octubre 2006, LEG 6748)

<sup>438</sup> Art. 31 CCOL – Huelva – Industrias de Conservas y Salazones (BO. Huelva 27 de marzo 2007, LEG 3462); Art. 23 CCOL – A Coruña – Comercio de alimentación (BO. A Coruña 30 de mayo 2007, LEG 2877); Art. 31 CCOL – Huelva – Industrias de Conservas y Salazones (BO. Huelva 27 de marzo 2007, LEG 3462); Art. 31 CCOL – Huelva – Industrias de Conservas y Salazones (BO. Huelva 27 de marzo 2007, LEG 3462);

<sup>439</sup> Art. 33 CCOL – Estatal – Sociedades Cooperativas de Crédito (BOE 15 de enero 2008, RCL 85); Art. 29 CCOL – Estatal – Industria del calzado (BOE 23 de agosto 2007, RCL 1623).

<sup>440</sup> Art. 76 CCOL – Estatal – Madera (BOE 7 de diciembre 2007, RCL 2220); Art. 74 CCOL – Cantabria – Fabricación de Derivados del Cemento (BO. Cantabria 13 de septiembre 2007, LCTB 263); Art. 38 CCOL – Tarragona – Industrias siderometalúrgicas (DOGC 10 de septiembre 2007, LCAT 532); Art. 48 CCOL – Estatal – Mataderos de aves y conejos (BOE 6 de julio 2007, RCL 1323); Art. 44 CCOL – Galicia – Residencias privadas de la tercera edad (DO. Galicia 2 de julio 2007, LG 248); Art. 68 CCOL – Málaga – Sector de derivados del Cemento

parte, sea frecuente que se amplíe el plazo legalmente previsto para solicitar la reincorporación. En otras ocasiones, fruto de la regulación conjunta con la suspensión por ejercicio de cargo público, se ha optado por extender el requisito de la imposibilidad<sup>441</sup>.

#### ***4.1.4.- La suspensión de la relación de trabajo por privación de libertad mientras no haya sentencia condenatoria.***

La suspensión de la relación de trabajo por privación de libertad, mientras no haya sentencia condenatoria es una derivación del principio constitucional que declara la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)<sup>442</sup>.

Desde un punto de vista dogmático se trata de un supuesto que presenta perfiles propios. Por un lado, puede calificarse como un supuesto de imposibilidad objetiva<sup>443</sup>. La privación de libertad por parte de la autoridad, pese a constituir un hecho obstativo que afecta al trabajador, impide temporalmente el juego resolutorio, en aras a la estabilidad en el empleo, hasta que se verifique su carácter definitivo (si la sentencia es condenatoria), o bien, hasta que el hecho imposibilitante finalice con anterioridad a la resolución judicial. En efecto, tal y como establece la STS 29 de abril 1985<sup>444</sup>, este supuesto suspensivo “no se refiere al hecho de la condena en sí, que puede ser incluso totalmente inoperante a los efectos laborales, sino a la

---

(BO. Málaga 7 de junio 2007, LEG 4918), Art. 65 CCOL – Estatal – Corcho (BOE 9 de enero 2007, RCL 43); Art. 17 CCOL – Valencia y Castellón - Laboratorios de Prótesis Dental (DO. Comunitat Valenciana 31 de julio 2006, LCV 355).

<sup>441</sup> Art. 74 CCOL – Cantabria - Fabricación de Derivados del Cemento (BO. Cantabria 13 de septiembre 2007, LCTB 263); y Art. 23 CCOL – Murcia – Derivados del Cemento (BO. Región de Murcia 8 de enero 2008, LRM 8); Art. 10 CCOL – Asturias – Panaderías (BO. Principado de Asturias 30 de junio 2007, LPAS 230);

<sup>442</sup> SSTS 16 de junio 2006 (rec. nº 5306/2004, rec. nº 3543/1995, BDCGPJ); y 29 de abril 1985 (RJ 1931). Con anterioridad al ET'80 no existía norma legal que regulara este supuesto. Y la solución dada por las Reglamentaciones de Trabajo tampoco era satisfactoria porque se referían a supuestos en los que ya existía una sentencia condenatoria (y, por ende, lo vinculaban al despido). **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 198. La jurisprudencia, por su parte, no era especialmente proclive a admitir la suspensión del contrato, sino que “se debatía en la búsqueda de criterios convincentes para dar por procedente el despido causado por faltas de asistencia ocasionadas por esa genérica privación de libertad. La doctrina jurisprudencial que se puede considerar como clásica basaba su razonamiento en que si bien esas ausencias no eran voluntarias, sí los eran los actos que habían dado lugar a ellas; y que ‘la causa de la causa es la causa del mal causado’”. No obstante, el criterio jurisprudencial evolucionó hacia otro estadio en el que, con el fin de hallar una cierta equidad, se entendía que “si la privación de libertad desembocaba en absolución (que no se podía presumir en ningún caso) podría provocar la suspensión del contrato y no la extinción”. Sin embargo, este criterio era manifiestamente insuficiente, pues, sólo se podía saber si el contrato estaba suspendido después de un largo tiempo, con el inconveniente de esto generaba situaciones de difícil reparación. **MARÍN RICO**. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 144 y 145.

<sup>443</sup> **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 196; y **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 26. En cambio, para un sector de la doctrina se trata de un supuesto vinculado a condición resolutoria. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p.

Y, otro sector entiendo que se trata de un supuesto suspensivo que se debe a la fuerza de la ley y no a razonamientos genérico-teóricos derivados de la fuerza mayor. **MARÍN RICO**. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 146.

<sup>444</sup> RJ 1931. En términos similares, SSTS 13 de diciembre 1983 (RJ 6203); y 14 de abril 1989 (RJ 2977).



privación de libertad que aquélla puede llevar consigo”. No obstante, entendemos, al igual que con el resto de supuestos suspensivos vinculados al ejercicio de derechos fundamentales analizados, que el factor que verdaderamente lo caracteriza es que, no sólo posibilita la continuidad del contrato de trabajo, sino que, principalmente, habilita las condiciones materiales para que el ejercicio de este derecho constitucionalmente reconocido sea posible.

Privación que, tal y como viene entendiendo la doctrina desde antiguo, debe ser legítima<sup>445</sup>. Así pues, la falta de libertad por detenciones policiales o por prisión provisional no es suficiente para justificar el despido, sino que desemboca en la suspensión contractual. A no ser, claro está, que los hechos que privan de libertad al trabajador estén relacionados directamente con el desempeño de la actividad en la empresa, pues, en tal caso, el empresario podría proceder a la resolución del contrato<sup>446</sup>.

Pese al silencio del precepto, la suspensión de la relación de trabajo no opera de forma automática, sino que el trabajador debe comunicar su situación a la empresa<sup>447</sup>, salvo que sea manifiestamente conocido por la empresa o bien concurra una imposibilidad manifiesta<sup>448</sup>. En ocasiones, se ha configurado como causa de despido la ocultación del motivo por el que no se acude al trabajo<sup>449</sup>.

La doctrina ha discutido, si es necesario esperar a la firmeza de la condena<sup>450</sup> o no<sup>451</sup>. Finalmente, las SSTTS 28 de febrero 1990<sup>452</sup> y 9 de marzo 1994<sup>453</sup> han declarado que la sentencia condenatoria debe ser firme.

---

<sup>445</sup> **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 203.

<sup>446</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 232 y 233; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 792.

<sup>447</sup> Debe entenderse que esta comunicación también puede realizarla a través de parientes (STSJ Cataluña 23 de abril 2002, AS 1922) o bien el abogado que le represente (STSJ Madrid 5 de mayo 1998, AS 1708). La falta de comunicación impide que pueda entenderse que la relación de trabajo se halla en suspenso. STSJ Andalucía [Sevilla] 21 de febrero 1994 (AS 675).

<sup>448</sup> **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 428; **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 434; **MARÍN RICO**. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 150 y 151; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 231. En la doctrina judicial, SSTSJ Andalucía (Málaga) 12 de septiembre 2002 (AS 3797); Madrid 5 de mayo 1998 (AS 1708).

<sup>449</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Despido por ausencias basadas en cumplimiento de pena judicial que no impone privación de libertad*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1256); y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 231.

No obstante, conviene tener presente que esa regla varía para el supuesto de que el trabajador ingrese provisionalmente en prisión mientras se encuentra con el contrato en suspenso por incapacidad temporal. En efecto, “el ingreso en prisión, pues, con carácter provisional, no modifica los efectos anexos a la situación de incapacidad temporal, de modo que, mientras esta no se extinga el trabajador queda exonerado de prestar servicios laborales al empleador, y tiene derecho a percibir, a cargo de la seguridad social, la prestación o subsidio correspondiente, y a cargo del empleador, el complemento acordado en el convenio colectivo, hasta que legalmente se extinga la situación incapacitante”. Además, la falta de comunicación, persistiendo los efectos de la suspensión de la relación laboral por la incapacidad temporal no debe ser calificado de infracción muy grave, determinante de la *sanción de despido*” [la cursiva es nuestra]. STS 16 de junio 2006 (rec. n° 5306/2004, rec. n° 3543/1995, BDCGPJ)

<sup>450</sup> **MARTÍN VALVERDE**, **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ** y **GARCÍA MURCIA**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 689 y 690; **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 434; **SEMPERE NAVARRO**. *Despido por ausencias basadas en cumplimiento de pena judicial que no impone privación de libertad*, op. cit. (versión digital); **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, op. cit., p. 791; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 236 y 237.

La *duración* de la situación suspensiva está sometida a un término (indeterminado), pues, con independencia del fallo, la suspensión de la relación de trabajo finaliza con la sentencia; o bien, con la puesta en libertad antes de la apertura del juicio oral (pues, desaparece el hecho imposibilitante). A partir de este instante, se entra en un nuevo estadio jurídico, en el que deben evaluarse si la relación de trabajo se reanuda, o bien, el empresario está facultado para resolver el contrato.

Si el trabajador es puesto en libertad con anterioridad a la apertura del juicio oral, debe reincorporarse a su puesto de trabajo<sup>454</sup>. Si la sentencia es condenatoria, en principio, justificaría la posibilidad de resolución contractual, pues, decae el presupuesto de la suspensión de la relación de trabajo, estando legitimado el empresario para resolver el contrato<sup>455</sup> - *ex* art. 54.2.a) TRET o también – en opinión de MONTOYA MELGAR – del art. 54.2.d) TRET<sup>456</sup>. De todos modos, la doctrina ha discutido si la sentencia condenatoria tiene efectos retroactivos, esto es, si la demostración de la no inocencia del trabajador levanta la protección del art. 45.1.g) TRET que justifica las faltas de asistencia<sup>457</sup> o bien, sólo opera hacia el futuro<sup>458</sup>. Siguiendo el planteamiento de RODRÍGUEZ COPÉ, de la interpretación de la STS 9 de marzo 1994<sup>459</sup> parece entenderse que se deniega los efectos retroactivos de la sentencia condenatoria firme, pues, se afirma que “desde el momento en que adquirió firmeza la sentencia penal la ausencia del trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento del contrato”.

Sin embargo, desde la perspectiva de la estricta dogmática jurídica, si se acepta que se trata de un supuesto de imposibilidad objetiva cabe entender que bastaría con que el empresario comunique al trabajador la resolución del contrato, pues, se trata de un supuesto en el que no puede cumplirse el objeto del contrato. De esta forma se presume que el interés del acreedor por la prestación del deudor decae y, pese a que el cumplimiento de la prestación

---

<sup>451</sup> **MARÍN RICO**. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>452</sup> RJ 1247.

<sup>453</sup> RJ 2222. Con anterioridad, STS 29 de abril 1985 (RJ 1931).

<sup>454</sup> STS 14 de abril 1989 (RJ 2977).

<sup>455</sup> “La sentencia firme de la Jurisdicción del orden penal, que condena, priva de la justificación de la ausencia que hasta ese momento y como garantía del derecho a la presunción de inocencia se derivaba del artículo 45.1.g) del Estatuto de los Trabajadores; y de ahí que desde el momento en que adquirió firmeza la sentencia penal la ausencia al trabajo dejó de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento de contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>456</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 434.

<sup>457</sup> Criterio mantenido por, **SEMPERE NAVARRO**. *Despido por ausencias basadas en cumplimiento de pena judicial que no impone privación de libertad*, *op. cit.* (versión digital); **MONTOYA MELGAR**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 434; y **SOLÀ MONELLS**. *Arts. 45 a 48*, *op. cit.*, p. 792.

<sup>458</sup> Criterio mantenido por, **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 235 y 236; e, implícitamente, por **MARTÍN VALVERDE**, **RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ** y **GARCÍA MURCIA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 690.

En la doctrina judicial *vid.* STSJ Madrid 5 de abril 1993 (AS 1946), *cit.* **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 24, p. 234.

<sup>459</sup> RJ 2222.

pueda ser posible en un futuro mediato, se le faculta para resolver el contrato. De todos modos, en aras a la estabilidad en el empleo, cabría entender que en función de la duración de la pena y para evitar posibles situaciones injustas, se exija que la resolución sólo pueda operar cuando el número de ausencias al trabajo tenga cierta entidad (de modo que, ante la falta de criterio, podría acudir al contenido del art. 52.d TRET).

No obstante, cabe la posibilidad de que la sentencia condenatoria no comporte pena privativa de libertad. En tal caso, no cabe la extinción del contrato por faltas de asistencia injustificadas (aunque cabe resolver el contrato en función de los efectos de la sentencia – por ejemplo, si se priva al trabajador del permiso de conducir)<sup>460</sup>. También es posible que, pese a conllevar la pena privativa de libertad, se conceda la libertad al trabajador porque la pena ya se cumplió durante la sustanciación del proceso mediante la prisión provisional o bien por remisión condicional de la pena<sup>461</sup>.

Si, finalmente, la sentencia es absolutoria (pero sólo si está motivada por la inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo)<sup>462</sup> o bien se produce un sobreseimiento<sup>463</sup> se extingue la suspensión de la relación de trabajo y, además, convalida y justifica las ausencias del trabajador. Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo.

Finalmente, el tratamiento de este supuesto suspensivo en la negociación colectiva es ciertamente testimonial; y cuando se realiza, es para reiterar el contenido de TRET<sup>464</sup>. En alguna ocasión, el desarrollo se hace para configurarlo en términos restrictivos para el trabajador, colocándose - a nuestro juicio - al margen de la legalidad<sup>465</sup>.

---

<sup>460</sup> ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 428 y 429.

<sup>461</sup> MARÍN RICO. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 153; y RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 234.

<sup>462</sup> SSTs 23 de diciembre 1999 (RJ 10085 y 10086), cit. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 428. En la doctrina vid., MARÍN RICO. *Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 161.

<sup>463</sup> STSJ Canarias [Las Palmas] 11 de junio 1996 (AS 3104), cit. RODRÍGUEZ COPÉ. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 234.

<sup>464</sup> Art. 70 CCOL – Guipúzcoa - Artes Gráficas e Industrias Auxiliares, Manipulados de Papel y Cartón y Editoriales (BO. Guipúzcoa 29 de noviembre 2007, LEG 7313); Art. 75 CCOL – Sevilla - sector de la Construcción y Obras Públicas (BO. Sevilla 30 de noviembre 2007, LEG 6770); art. 11 – Extremadura - Comunidad de Regantes de Valdecañas y su personal (DO. Extremadura 25 de septiembre 2007, LEG 6415); Art. 14 CCOL – Valladolid - Sector clínicas y consultas de odontología y estomatología (BO. Valladolid 10 de agosto 2007, LEG 4133); Art. 17 CCOL – La Rioja - Actividad de alfarería (BO. La Rioja 26 de julio 2007, LLR 230); Art. 33 CCOL – Murcia - Limpieza Pública Viaria (BO. Región de Murcia 25 de junio 2007, LRM 214); Art. 15 CCOL – Com. Valenciana - Entidades de Carácter Social (DO. Comunitat Valenciana 7 de junio 2007, LCV 297); Art. 42 CCOL – Cataluña - Personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas (DOGC 14 de febrero 2007, LCAT 59); Art. 55 CCOL – Barcelona - Pompas fúnebres (DOGC 27 de octubre 2006, LCAT 819); Art. 51 CCOL – Estatal - Fabricación de helados (BOE 10 de marzo 2006, RCL 527).

<sup>465</sup> Seis meses: art. 36 CCOL – Zaragoza - Confiterías, Pastelerías y Venta de Dulces (BO. Zaragoza 5 de junio 2003, LEG 2007\6780)

***4.2.- La suspensión por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (remisión).***

La posibilidad de suspender la relación de trabajo cuando concurra un riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de un menor de 9 meses es una medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores que prevé el art. 26 LPRL, bien porque no resulte objetivamente posible, o bien porque no pueda objetivamente exigirse por motivos justificados. En tal caso, como ya se ha analizado, deberá suspenderse la relación de trabajo durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o salud (art. 26.3º LPRL).

## **5.- Recapitulación.**

En el presente *Epígrafe II* de este *Apartado B* que ahora concluimos, se ha tratado de hacer una exposición sistematizada de los elementos presentes en los supuestos suspensivos que efectivamente excepcionan el juego resolutorio y, por consiguiente, posibilitan la continuidad del contrato de trabajo. Para ello, al igual que al analizar los supuestos “modificatorios”, hemos optado por una estructura expositiva basada en las categorías dogmáticas descritas con anterioridad<sup>466</sup> (distinguiendo, a su vez, entre la figura del trabajador y del empresario).

Objetivo que, con carácter previo ha exigido la identificación de los – numerosos – elementos contenidos en el régimen jurídico-positivo vigente, a partir de los cuales se trata de evitar la extinción sobrevenida del contrato. Análisis – recuérdese - cuyo fin último es tratar de delimitar la intensidad con la que la estabilidad en el empleo se persigue en el ordenamiento jurídico español; y que quedará debidamente completado con el estudio de los supuestos de ineficacia contractual que se efectuará en el apartado que sigue<sup>467</sup>.

De lo expuesto podemos colegir que (más allá de los supuestos vinculados al ejercicio material de los derechos fundamentales), la tendencia reciente del Legislador se ha centrado en extender el ámbito de aplicación de este instrumento de protección del empleo. Fenómeno que se constata en dos procesos diferenciados aunque estrechamente interrelacionados. En paralelo al incremento de la facultad modificatoria del trabajador, se han ido incrementando el ámbito de aplicación de la suspensión para hacer frente al riesgo al desistimiento y al abandono del trabajador ante el fenómeno de la “maternidad” (entendida en términos amplios), la conciliación de la vida familiar y laboral y la violencia de género (dogmáticamente calificables como supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida, salvo el período puerperal). Lo que se ha traducido en el reconocimiento al trabajador de la posibilidad de suspender la relación de trabajo ante un número cada vez mayor de riesgos, sin necesidad del concurso del empresario, y atribuyéndole una amplia facultad para decidir el modo de su ejercicio. Y, en paralelo a este proceso, se ha ido prolongando la duración de la interrupción del contrato con la consiguiente reserva del puesto de trabajo frente a estas contingencias.

En lo que a la suspensión por maternidad se refiere, la evolución de la legislación española al respecto debe calificarse, en términos de protección del empleo, como muy positiva. El riesgo al desistimiento o abandono en caso de maternidad o, en el otro extremo, las reticencias a tener hijos por temor a perder el empleo – en un país que vive una crisis demográfica preocupante – son motivos suficientemente poderosos para que, de una vez por

---

<sup>466</sup> *Vid.* al respecto, *Apartado A* de este *Capítulo IV*.

<sup>467</sup> Esto es, *Apartado C* de este *Capítulo IV*.

todas, se opte decididamente por medidas que promuevan la estabilidad en el empleo (motivo por el que no se acaba de comprender el retraso que acumula la Legislación española al respecto).

La evolución reciente LOI corrobora el cambio de tendencia iniciado en 1999. Las mejoras introducidas por esta reforma al respecto han supuesto un salto cualitativo digno de mención (aunque aún queda margen para mejorar). La equiparación de la maternidad biológica y adoptiva (en lo concerniente a la duración y al carácter no condicionado); el incremento de la duración del período suspensivo en caso de hijo discapacitado; el retraso del inicio del período suspensivo en caso de hospitalización; la posibilidad de suspender la relación de trabajo en caso de fallecimiento de la madre o del recién nacido; la extensión del período suspensivo al acogimiento simple; la clarificación de la cuestión relativa a la edad del menor en los casos de maternidad adoptiva; la flexibilidad con la que se puede distribuir el ejercicio de este derecho (en especial, la suspensión a tiempo parcial); la previsión de normas específicas para atender a las necesidades de la adopción internacional; la creación de la suspensión por paternidad; y la articulación de mecanismos jurisdiccionales para solventar las discrepancias entre trabajadores y empresarios son, en su conjunto, medidas sumamente positivas de cara a la estabilidad en el empleo.

De todos modos, aún queda un largo camino por recorrer. Empezando por un replanteamiento de la terminología legal (claramente inadecuada, ante las nuevas realidades familiares). En lo sustantivo, sería conveniente que se diera luz sobre ciertos aspectos confusos, que se mejorara la respuesta frente a algunos supuestos existentes y que se diera un tratamiento normativo a algunos aún sin respuesta. Por ejemplo, sería adecuado que la norma hiciera alguna referencia al grado de discapacidad para conceder la ampliación del período suspensivo y que se previeran mecanismos para solventar los conflictos entre los progenitores (para decidir quién disfruta de las dos semanas “extra” en caso de hijo discapacitado o bien cómo se reparte el período suspensivo en la maternidad adoptiva). También hubiera sido conveniente que se hubiera mejorado la redacción de los supuestos de suspensión por maternidad “adoptiva” y que se hubiera dado mayor claridad a la suspensión motivada por el acogimiento simple. Se echa en falta una redacción más depurada de los supuestos de maternidad adoptiva de un menor mayor de seis años y de los que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, presente dificultades de inserción social y familiar. En cuanto a las condiciones de ejercicio, de cara a la seguridad jurídica, el Legislador tendría que haber prestado cierta atención a las formalidades a seguir por parte de los trabajadores afectados. También hubiera sido deseable que el ejercicio de la suspensión a tiempo parcial no estuviera vinculado al acuerdo con el empresario y que expresamente se hubiera previsto la posibilidad de su disfrute. Otro aspecto que convendría haber recogido, es

que la duración de la suspensión estuviera vinculada al número de hijos ya existentes; que se diera respuesta a los supuestos de interrupción del embarazo; y que se incrementara el período de la suspensión por paternidad o que se previera su ampliación en caso de hijo discapacitado. Por otra parte, la implicación de la autonomía colectiva en la regulación de estas cuestiones, deja mucho que desear. Aspectos que, en definitiva, vienen a describir, el carácter insuficiente de la regulación vigente o, desde otro punto de vista, los objetivos a alcanzar.

En cuanto a la suspensión para el cuidado de familiares, la tendencia de la legislación española también puede calificarse como muy positiva (especialmente a raíz de las mejoras introducidas por la LOI), aunque el régimen jurídico del primer supuesto pueda inducir a cierta confusión (el empleo del término “excedencia” no parece responder al rigor técnico exigible) y la reserva del puesto de trabajo tenga alguna particularidad cuando su duración se extienda más de un año. Respecto de la suspensión por violencia de género, al igual que en los supuestos modificatorios, basta con la acreditación de la condición de víctima, sin que el empresario esté facultado para oponerse al ejercicio de este derecho. Dejando al margen la confusión a la que induce la referencia al “derecho de protección”, en comparación con los arts. 37.7 y 40.3.bis TRET, quizás sería adecuado un régimen de prórrogas más generoso y menos monitorizado judicialmente.

- La nota discordante de este fenómeno expansivo la da la suspensión por IT. El alcance de este mecanismo de protección del empleo es indiscutible, no sólo por la cobertura de riesgos que abarca (enfermedades y accidentes profesionales y no profesionales y períodos de observación) y la estabilidad en el empleo que posibilita, sino también por la extraordinaria presencia en el día a día de las relaciones de trabajo (aunque, quizás, haya llegado a un punto contraproducente o excesivo). La dinámica de este supuesto suspensivo ha ido en paralelo al desarrollo de los sistemas jurídico-públicos para su aseguramiento, de modo que éstos han acabado condicionando la configuración de aquél, hasta el extremo que prácticamente se confunden. Sin embargo, a pesar de su innegable interrelación, cabe defender su independencia y la existencia de ámbitos de aplicación diferenciados, pudiéndose identificar espacios no coincidentes. En concreto, el Derecho de la Seguridad Social da un tratamiento más generoso a los comportamientos imputables del trabajador que el Derecho del Trabajo, de modo que una conducta sustantivamente imputable y, por consiguiente, justificadora de un despido (y no de una suspensión), no obsta a que el trabajador tenga derecho a la prestación por IT. Por otro lado, en tanto que el percibo de la prestación por IT no está siempre garantizado cabe la posibilidad de que se den supuestos suspensivos sin prestación. En definitiva, desde un punto de vista de configuración técnico-jurídica, parece del todo oportuno proceder a una distinción conceptual entre el tratamiento sustantivo y el de la Seguridad Social. Diferenciación, especialmente interesante a los efectos de la estabilidad en el empleo,

pues, desvincularía su régimen jurídico (en concreto, su duración) de las fluctuaciones presupuestarias que dictan el devenir de las prestaciones de la Seguridad Social. De hecho, la influencia de este aspecto sobre el régimen jurídico de la suspensión de la relación de trabajo por IT es absoluta. En este sentido, por motivos esencialmente de estabilidad presupuestaria, puede apreciarse dos dinámicas que, desde un punto de vista de la estabilidad en el empleo, resultan en cierto sentido contradictorias – pero que se explican perfectamente desde el prisma de los intereses (presupuestarios) de la Seguridad Social. Por un lado, con el fin de reducir su el uso fraudulento, se ha optado por reducir la duración máxima de la IT (endureciendo las condiciones de la prórroga); y, por otro lado, se ha optado por “dificultar” la transición desde la prestación por IT a la permanente, manteniendo la suspensión de la relación de trabajo en caso de alta con propuesta de declaración de IP y posterior impugnación (salvo que sea parcial o de una lesión permanente no invalidante) y previéndose instrumentos para posponer la declaración de IP (párrafo 2º art. 131.bis.2 TRLGSS) – aunque en este sentido se ha reducido la duración máxima en seis meses -; o bien, para, una vez declarada la incapacidad permanente, poder revisarla (art. 48.2 TRET). Mientras que la primera dinámica redundaría negativamente en la conservación del negocio jurídico, la segunda, en cambio, la promueve, pues, pospone los efectos extintivos de los hechos obstativos, manteniendo la situación suspensiva.

El papel de los órganos jurisdiccionales en la intensificación de la protección del empleo en estas situaciones ha sido especialmente relevante. Muestra de ello es la interpretación restrictiva del concepto de “recaída”; la posibilidad de mantener la suspensión pese a la declaración de alta sin declaración de incapacidad permanente - si el trabajador demuestra la persistencia de su incapacidad; y, sobre todo, la necesidad de acudir a las fórmulas resolutorias del art. 52 TRET para poder resolver el contrato de un trabajador imposibilitado para trabajar, pero sin derecho a prestación alguna.

- En cuanto a la suspensión por causas de empresa y la motivada por fuerza mayor, la prevalencia de intereses externos a los intereses individuales de los contratantes (en especial, los de la Seguridad Social) hipertrofia los mecanismos para prevenir este tipo de riesgos. Sumándonos, en definitiva, a la corriente doctrinal que opta por una reformulación del cauce procedimental a seguir (abogando por una diferenciación en función de una ratio efectivos/afectados por la medida); especialmente, porque desincentiva el uso de este tipo de medidas de protección del empleo, incrementándose el riesgo a que acaben plasmándose en un supuesto de ineficacia contractual “definitiva”. Por otra parte, entendemos que la referencia a la *coyunturalidad*, ex art. 47 TRET, no es suficiente como para describir un riesgo autónomo con respecto al exigido para las resoluciones por causas de empresa (en concreto, las del art. 52.c TRET). Planteamiento que encaja con el principio que caracteriza las facultades de



alteración reconocidas al empresario ante una excesiva onerosidad y que hemos identificado con la expresión “quien puede lo más, puede lo menos”.

- La suspensión de la relación de trabajo por motivos disciplinarios tiene un difícil encaje dogmático. Descartada su ubicación en la órbita de la libertad de empresa y en la lógica de la estabilidad en el empleo, entendemos que se trata de un supuesto de alteración del contenido del contrato con un fundamento legal. En puridad, la mera existencia de una facultad disciplinaria describe un halo de inimputabilidad a efectos resolutorios que permite afirmar que se trata de una suspensión para “reprobar” (y no para evitar extinguir). Ahora bien, en tanto que el empresario ante un comportamiento imputable y, por tanto, justificativo de la resolución, puede acabar optando por suspender la relación de trabajo, cabe entender que en estos casos la suspensión orbita alrededor del *favor negotii*. En lo relativo a la suspensión cautelar, sólo cabe imponerla si así lo admite la negociación colectiva, y para el caso de que se confirme judicialmente la procedencia del despido, debe procederse al abono de la retribución del trabajador por el tiempo que ha estado con la relación de trabajo suspendida.

- La suspensión de la relación de trabajo también actúa como condición material para el ejercicio de determinados derechos fundamentales. De tal modo que, a pesar de la concurrencia de incumplimientos contractuales “imputables” del trabajador (huelga, ejercicio cargo público y sindical) o hechos obstativos (privación de libertad), el ordenamiento jurídico exonera sus efectos extintivos a fin de posibilitar el ejercicio de determinados derechos amparados constitucionalmente (en concreto, arts. 28.2, 9.2 y 23.2, 28.1 y 24.2 CE). De todos modos, en términos generales debe denunciarse que la regulación normativa de estos supuestos suspensivos es notoriamente parca. En lo que a la huelga se refiere, la distinción entre la huelga lícita y la ilícita es fundamental, pues, marca la frontera entre el ejercicio legítimo de un derecho y la ilegítima interrupción de la prestación de trabajo. Éste es un aspecto en el que, ante las lagunas legales (por cierto, incomprensiblemente aún hoy “vigentes”), la influencia del principio de estabilidad en el empleo en la labor interpretativa de los Tribunales ha jugado un papel muy destacado. En concreto, se han admitido los efectos suspensivos de una huelga ilícita. De modo que la interrupción del contrato puede ser calificada como causa resolutoria, si a partir de una valoración individualizada se demuestra la participación activa del trabajador en la huelga y su comportamiento puede calificarse como grave y culpable. La regulación de lo que el TRET denomina como “excedencia” para el *ejercicio de un cargo público* está plagada de lagunas e imperfecciones técnicas. El empleo del término “excedencia” (cuando - por lo efectos jurídicos - se trata de un supuesto suspensivo), los problemas jurídicos vinculados a la precisión de los conceptos “cargo público” y “representatividad” son muestras que lo ilustra claramente. Por otra parte, no puede entenderse que el derecho del trabajador a esta “excedencia” sólo deba reconocerse si el nivel

de inasistencia supere el 20 % de la jornada en tres meses, tal y como se establece en el art. 37.3 d) TRET. Ni tampoco que dicho precepto faculte al empresario para imponer la interrupción, sino que se trata de una decisión que corresponde en último término al trabajador. En lo relativo a la suspensión por ejercicio de cargo sindical, las deficiencias también son considerables (empezando por el empleo del término “excedencia”). El papel de la autonomía colectiva en la regulación de este supuesto suspensivo ha sido destacable, pues, el criterio restrictivo del TC, ha sido superado en algunos convenios colectivos. Y, además, se ha ampliado el supuesto de hecho reconociendo este a cargos sindicales de nivel inferior al provincial. Finalmente, en lo que a la suspensión por privación de libertad, se echa en falta una mayor concreción jurídico-positiva. Especialmente, en lo que concierne a la comunicación de la situación del trabajador, la necesidad de la firmeza o no de la sentencia (aunque, la jurisprudencia se haya decantado por la primera) y los efectos de la sentencia condenatoria sobre el contrato de trabajo. Sin que, en puridad, pueda acudirse al art. 54 TRET, pues, se trata de un supuesto de imposibilidad objetiva (lo que no quita que, en aras a la conservación del contrato de trabajo, se exija que las ausencias al trabajo tengan una “cierta entidad” – pudiéndose acudir, ante la falta de un criterio específico, al contenido del art. 52.d TRET).

- Por otra parte, del estudio de los convenios colectivos consultados, se observa que el papel de la autonomía colectiva en el desarrollo de estas medidas legales es (salvo contadas excepciones) más bien escaso. A la hora de incrementar los derechos reconocidos legalmente a los trabajadores para suspender la relación de trabajo, es bastante frecuente que se omita toda referencia y, cuando se hace, no es extraño que se reproduzca la literalidad de la norma o simplemente se haga una mención al precepto estatutario que lo regula. Si bien es cierto que nos estamos refiriendo a cuestiones que, por lo general, tienen una alta densidad normativa, por lo general existe margen para el desarrollo convencional, no sólo para mejorar la respuesta legal, sino para suplir las lagunas existentes. Por todo ello, entendemos que, dada su importancia, son aspectos que tienen un eco convencional excesivamente escaso. Lo que resulta, a nuestro entender, preocupante.

Una posible explicación a este fenómeno quizás resida en la convicción de que respuesta legal ya satisface los intereses de los trabajadores o al menos lo hace con una intensidad lo suficientemente fuerte como para limitar la demanda de mejoras, pues, dado su elevado coste para el empresario exigirían una compensación a cambio que los trabajadores no están dispuestos a conceder. No obstante, como excepción a este fenómeno destaca la referencia a ciertos aspectos de la suspensión por motivos familiares, evidenciando la importancia que estas cuestiones tienen para los trabajadores – y, por otra parte, lo acertado de su regulación en el TRET.

En definitiva, siguiendo la dinámica denunciada con ocasión del análisis de los supuestos “modificatorios” (por cierto, también apreciable – como se comprobará - en lo que se refiere a la resolución contractual), entendemos que, esta generalizada inhibición de la autonomía colectiva respecto de estas cuestiones debe valorarse negativamente, pues, supone renunciar a un excelente mecanismo de determinación del nivel de estabilidad muy próximo a la realidad de las necesidades de cada sector o rama de actividad. Esto es, al nivel de estabilidad socialmente deseado.

- De lo expuesto hasta ahora, y tratando de avanzar la respuesta a uno de los propósitos de nuestro estudio, podemos aseverar que el “mapa” de la estabilidad en el empleo resulta ciertamente complejo de evaluar. La investigación desarrollada permite vislumbrar que, más allá de apreciaciones de carácter generalista y que tienden a evidenciar que la estabilidad en el empleo está en expansión, la delimitación precisa de la intensidad con la que se promueve es una magnitud difícilmente conmensurable.

Finalmente, tratando de hacer abstracción de lo expuesto con ocasión de los supuestos “modificatorios” y de la suspensión de la relación de trabajo, podemos afirmar que, pese a que la estabilidad es una finalidad presente en todas estas instituciones, se observa con claridad que la conservación del empleo no es un objetivo que se esté tratando de alcanzar de un modo conjunto, coordinadamente. Del estudio de cada uno de estos institutos se constata que la lógica preventiva está excesivamente atomizada, en correspondencia con cada manifestación particularizada de la fuente de inestabilidad que amenaza a la continuidad. De modo que el resultado final de la intensidad con la que se está protegiendo el empleo es la suma de acciones particularizadas y puntuales, sin que conjuntamente formen un todo unitario, esto es, un *sistema*.

En definitiva, a la espera de las conclusiones que podamos extraer del análisis de los supuestos de ineficacia por resolución, cada vez cobra mayor fuerza nuestra hipótesis de que la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico vigente es un planteamiento no planificado, sin forma predeterminada, consecuencia de la añadidura progresiva de los logros que paulatinamente se han ido alcanzado. Lo que, más allá, de las dificultades para identificarlo y cuantificar su intensidad, evidencia un aspecto absolutamente trascendente: la absoluta falta de una política legislativa de planificación que marque las directrices a seguir, en función del nivel de estabilidad que se estima como adecuado, del precio que se está dispuesto a pagar por ello y que, en consonancia, oriente las acciones legislativas para alcanzar dicho objetivo.



TESIS DOCTORAL

**LA ESTABILIDAD EN EL  
EMPLEO:  
LA PREVENCIÓN FRENTE A  
LA CONTINGENCIA DEL  
PARO**

—

**UN ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA  
DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS  
ECONÓMICO DEL DERECHO**

**IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ**

**DIRECTORA**

**DRA. CAROLINA GALA DURÁN**

**ESADE - UNIVERSITAT RAMON LLULL – URL**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**- 2008 -**



**~ VOLUMEN II ~**





**LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: LA PREVENCIÓN FRENTE A LA CONTINGENCIA DEL PARO**  
—  
**UN ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS  
ECONÓMICO DEL DERECHO**

<i>Índice.</i>	<i>i</i>
<i>Índice de Abreviaturas.</i>	<i>xiii</i>
<b>INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.</b>	<i>xvii</i>
<b>PRIMERA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.</b>	
CAPÍTULO I.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.	<i>1</i>
<i>A.- La estabilidad en el empleo: definición.</i>	<i>1</i>
<i>B.- Cuestiones propedéuticas y especificación del objeto de estudio: en especial, la desvinculación de la “dimensión temporal” de la conceptualización de la estabilidad en el empleo.</i>	<i>11</i>
<i>I.- Primera delimitación del objeto de estudio: compatibilidad de la estabilidad en el empleo con la posibilidad de someter el contrato a un término.</i>	<i>11</i>
<i>II.- ‘Otras’ delimitaciones del objeto de estudio.</i>	<i>32</i>
<i>III.- Recapitulación.</i>	<i>35</i>
CAPÍTULO II.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.	<i>37</i>
CAPÍTULO III.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO ‘PRINCIPIO’ VERTEBRADOR DEL DERECHO DEL TRABAJO.	<i>49</i>
<i>A.- Caracteres de un ‘principio’ y la función directiva, interpretativa, integradora y constructiva del principio de estabilidad en el empleo.</i>	<i>52</i>
<i>B.- La conformación de la estabilidad en el empleo como ‘principio’ vertebrador del Derecho del Trabajo español: del régimen liberal al sistema democrático de relaciones laborales – nacimiento y consolidación de un ‘principio’.</i>	<i>58</i>
<i>I.- La lógica liberal y primeras manifestaciones jurídicas dirigidas a la conservación del negocio jurídico en las relaciones de trabajo.</i>	<i>62</i>
<i>1.- Premisa de partida: provisionalidad del vínculo como paradigma de las relaciones contractuales, extinción del contrato y el sistema de responsabilidad por culpa y el desempleo como problema irresoluble.</i>	<i>63</i>
<i>2.- La legislación liberal y las primeras manifestaciones de la protección del empleo.</i>	<i>75</i>

2.1.- El preaviso en el contrato indefinido.	77
2.2.- Los contratos de duración determinada, la exigencia de justa causa para resolver y su concepción restrictiva.	82
2.3.- La limitación temporal del período de prueba.	84
2.4.- La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por accidente de trabajo.	85
2.5.- La creación de los Tribunales Industriales.	88
2.6.- Recapitulación.	90
3.- El Real Decreto 22 de julio 1928: primera manifestación de la protección del empleo a través del derecho de los contratos y de las obligaciones.	91
3.1.- Aspectos generales de una reforma procesal.	92
3.2.- La readmisión como proyección del principio de estabilidad en el empleo.	95
3.3.- Recapitulación.	99
II.- La estabilidad en el empleo como principio vertebrador del Derecho del Trabajo: 1931 a 1936.	103
1.- Primera etapa, la extinción del contrato como última alternativa de un conflicto insuperable: La Ley del Contrato de Trabajo y la Ley de Jurados Mixtos de 1931.	108
1.1.- Consideraciones generales de la reforma procesal y sustantiva de 1931.	108
1.2.- Las manifestaciones jurídico-positivas del principio de estabilidad en el empleo en la legislación republicana de 1931.	113
1.2.1.- La continuidad del contrato pese a la nulidad parcial.	114
1.2.2.- Continuidad de la relación de trabajo pese al cambio de empresario y el ejercicio del <i>ius variandi</i> del empresario.	116
1.2.3.- La suspensión de la relación de trabajo como reacción frente a los riesgos que ponen en peligro la continuidad del negocio jurídico.	121
1.2.4.- La extensión del sistema de extinción causal liberal a los contratos de duración indefinida.	127
1.2.5.- La excesiva onerosidad como nueva causa resolutoria: la 'empresa' como fuente de empleo.	130
1.2.6.- La responsabilidad por riesgo del empresario por la extinción inimputable del contrato de trabajo.	135
1.2.7.- Novedades procesales en la extinción del contrato y la estabilidad en el empleo.	137
1.2.8.- La tácita reconducción en los contratos de duración determinada.	139
1.3.- Recapitulación.	140
2.- Segunda Etapa: el paro como problema jurídico-público y la intervención del Estado.	141
2.1.- En incremento del paro como factor precipitante de los cambios legislativos.	141
2.2.- La adopción de medidas extraordinarias de contención del empleo.	145
2.2.1.- Resolución del contrato injustificada y readmisión forzosa: crónica de un fracaso anunciado.	148
2.2.2.- La limitación de la facultad resolutoria empresarial a través de la intervención previa y la modificación del contrato como alternativa a la resolución del contrato.	150
3.- Recapitulación.	164
III.- El principio de estabilidad y las fluctuaciones del ciclo económico: del franquismo al TRET.	166
1.- El franquismo, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.	167
2.- La transición y los inicios del período democrático, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.	178
3.- La reforma del mercado de trabajo de 1994, los desequilibrios de naturaleza económica y el principio de estabilidad en el empleo.	188

4.- <i>Recapitulación.</i>	196
IV.- <i>El principio de estabilidad en el empleo ante el reconocimiento de los derechos fundamentales.</i>	197
C.- <i>Recapitulación.</i>	202
CAPÍTULO IV.- LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRET Y, EN ESPECIAL, LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO COMO ÚLTIMA FRONTERA DE LA CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO.	205
A.- <i>Parámetros para una propuesta sistematizadora de los institutos que promueven la estabilidad en el empleo.</i>	208
I.- <i>Fundamentación dogmática de las vicisitudes contractuales derivadas de la alteración sobrevinida de las circunstancias.</i>	208
1.- <i>El incumplimiento contractual imputable: concepción restrictiva de un motivo de ineficacia contractual y la estabilidad en el empleo.</i>	210
2.- <i>La excesiva onerosidad sobrevinida: fundamento de la alteración de lo pactado por parte del empresario y del trabajador en aras a la estabilidad en el empleo.</i>	214
2.1.- <i>Planteamiento de una larga discusión.</i>	214
2.2.- <i>Conceptuación de la excesiva onerosidad sobrevinida.</i>	220
2.2.1.- <i>Primer enfoque: concepción de la excesiva onerosidad a partir de sus elementos definidores esenciales y diferencias con la imposibilidad objetiva.</i>	220
2.2.2.- <i>Segundo enfoque: concepción de la excesiva onerosidad a partir de la revisión de las objeciones que se oponen a su validez como fundamento dogmático aplicable al contrato de trabajo.</i>	230
2.2.2.1.- <i>Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad como mero quebranto monetario”.</i>	231
2.2.2.2.- <i>Crítica a la objeción “la excesiva onerosidad sólo responde a situaciones de crisis”.</i>	240
2.2.3.- <i>Tercer enfoque: concepción de la excesiva onerosidad sobrevinida y el marco constitucional.</i>	250
2.2.4.- <i>Recapitulación.</i>	259
2.3.- <i>Crítica a las tesis alternativas a la excesiva onerosidad.</i>	260
2.3.1.- <i>Crítica a la teoría de la cláusula ‘rebus sic stantibus’.</i>	261
2.3.2.- <i>Crítica a la teoría del riesgo imprevisible.</i>	262
2.3.3.- <i>Crítica a la teoría de la imposibilidad objetiva impropia.</i>	263
2.3.4.- <i>Crítica a la teoría de la base del negocio.</i>	264
2.3.5.- <i>Crítica a las teorías basadas en la propia lógica de Derecho del Trabajo.</i>	266
2.3.5.1.- <i>Crítica a la calificación de las facultades empresariales como un ‘poder’.</i>	268
2.3.5.1.1.- <i>Objeciones genéricas.</i>	269
2.3.5.1.2.- <i>Objeciones específicas.</i>	274
a.- <i>Crítica a la existencia de un ‘poder extintivo’.</i>	274
b.- <i>Crítica a la existencia de un ‘poder suspensivo’ (por causas de empresa).</i>	285
c.- <i>Crítica a la existencia de un poder modificatorio.</i>	286
2.3.5.2.- <i>Crítica a la teoría de la ‘autotutela privada’.</i>	288
2.4.- <i>Recapitulación.</i>	292
3.- <i>La imposibilidad objetiva sobrevinida y el principio de estabilidad en el empleo.</i>	293
3.1.- <i>La imposibilidad objetiva como un supuesto de ineficacia contractual.</i>	293
3.2.- <i>Imposibilidad objetiva y la estabilidad en el empleo.</i>	297
4.- <i>La estabilidad en el empleo en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.</i>	300

5.- <i>La libertad de empresa como fundamento para sustraerse de lo pactado.</i>	303
6.- <i>Recapitulación.</i>	305
II.- <i>Categorización de las medidas para hacer frente a los factores de inestabilidad.</i>	307
1.- <i>La ‘modificación’ sobrevenida de lo pactado.</i>	307
2.- <i>La resolución excepcionada con carácter temporal.</i>	309
3.- <i>La acotación de la ineficacia contractual sobrevenida.</i>	316
4.- <i>La intervención pública previa.</i>	318
4.1.- <i>La intervención administrativa previa.</i>	319
4.1.1.- <i>Naturaleza y fundamento de la intervención administrativa.</i>	322
4.1.2.- <i>Capacidad valorativa de la Administración: el control de la acción administrativa.</i>	326
4.2.- <i>La intervención judicial previa.</i>	335
4.3.- <i>La idoneidad de la autorización previa como mecanismo de prevención del desempleo.</i>	336
III.- <i>Recapitulación.</i>	339
B.- <i>Análisis sistematizado de las manifestaciones positivizadas de la estabilidad en el empleo en el régimen jurídico actual.</i>	343
I.- <i>Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la ‘modificación’ de lo pactado.</i>	344
1.- <i>La modificación por excesiva onerosidad sobrevenida.</i>	345
1.1.- <i>Facultades de modificación unilateral del empresario</i>	345
1.1.1.- <i>El ‘ius variandi’.</i>	347
1.1.2.- <i>La modificación sustancial de las condiciones de trabajo.</i>	358
1.1.2.1.- <i>Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ ante la modificación unilateral del contrato.</i>	360
1.1.2.1.1.- <i>Condiciones de trabajo modificables.</i>	363
1.1.2.1.2.- <i>Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.</i>	369
1.1.2.1.3.- <i>Procedimentalización de la modificación sustancial de las condiciones.</i>	375
a.- <i>El papel de la autonomía individual y colectiva en la regulación de la procedimentalización: en especial, la discutible legalidad de las ‘cláusulas de reserva de modificación’.</i>	380
1.1.2.1.4.- <i>Facultad resolutoria del trabajador ante la modificación sustancial (remisión).</i>	387
1.1.2.1.5.- <i>Control judicial de la decisión empresarial.</i>	388
1.1.3.- <i>La movilidad geográfica.</i>	391
1.1.3.1.- <i>Factores configuradores del ‘estatuto protector del trabajador’ frente a la movilidad geográfica.</i>	393
1.1.3.1.1.- <i>Necesaria concurrencia de un desequilibrio contractual objetivo.</i>	394
1.1.3.1.2.- <i>Cambio de residencia.</i>	394
1.1.3.1.3.- <i>Procedimentalización de la movilidad geográfica.</i>	397
a.- <i>El papel de la negociación colectiva en la regulación de la procedimentalización.</i>	400
1.1.3.1.4.- <i>El control judicial de la decisión empresarial.</i>	404
1.1.3.1.5.- <i>La facultad administrativa de suspender la decisión empresarial de traslado.</i>	406
1.1.3.1.6.- <i>Facultad resolutoria del trabajador ante la decisión empresarial de traslado (remisión).</i>	407
1.1.3.1.7.- <i>Traslado que afecte a la ‘totalidad del centro de trabajo’.</i>	407
1.1.4.- <i>La modificación sustancial de las condiciones de trabajo a través de un expediente de regulación de empleo.</i>	409
1.2.- <i>Facultades de modificación unilateral del trabajador.</i>	417
1.2.1.- <i>La reducción de jornada por motivos familiares.</i>	418

1.2.1.1.-	Condicionantes legales para el ejercicio legítimo de la reducción de jornada.	424
1.2.1.2.-	El papel de la negociación colectiva en la mejora de la legalidad vigente.	428
1.2.2.-	Las víctimas de violencia de género y la modificación sobrevinida de lo pactado.	433
1.2.3.-	El derecho de traslado del consorte.	442
1.2.4.-	La modificación motivada por la formación profesional.	446
2.-	La ‘modificación’ en virtud de una norma heterónoma de carácter imperativo.	451
2.1.-	La ‘modificación’ ‘ab initio’ por contener cláusulas nulas.	451
2.2.-	La subrogación ‘ope legis’.	453
2.2.1.-	Los elementos que condicionan la aplicación del art. 44 TRET.	461
2.2.1.1.-	Elemento subjetivo: el cambio de titularidad de la empresa.	462
2.2.1.2.-	Elemento objetivo: transmisión de una entidad económica.	465
2.2.1.2.1.-	La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia comunitaria.	469
2.2.1.2.2.-	La evolución del ‘elemento objetivo’ en la jurisprudencia y en la doctrina judicial nacional.	471
2.2.2.-	Supuestos de transmisión de empresa ‘especiales’.	477
2.2.2.1.-	La muerte, la incapacidad o la jubilación del empresario como supuestos de transmisión de empresa (Remisión).	477
2.2.2.2.-	Sucesión de empresa derivada de la extinción de la personalidad jurídica del empresario: la fusión de sociedades.	478
2.2.2.3.-	Transmisión de empresas incursas en procedimientos concursales.	479
2.3.-	La alteración de lo pactado por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de un menor de 9 meses.	483
2.3.1.-	Descripción del riesgo y medidas preventivas para evitarlo (incluida la suspensión).	484
2.3.2.-	Negociación colectiva y la alteración del contenido del contrato en situaciones de riesgo durante el embarazo.	490
2.4.-	La renovación de los contratos de duración determinada.	491
3.-	Recapitulación.	493
II.-	Manifestaciones jurídico-positivas que posibilitan la excepción temporal del juego resolutorio.	501
1.-	La suspensión por excesiva onerosidad sobrevinida.	502
1.1.-	Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el empresario: la suspensión por ‘causas de empresa’.	502
1.1.1.-	El desequilibrio contractual exigible para suspender la relación de trabajo por ‘causas de empresa’.	505
1.1.2.-	Procedimentalización de la suspensión por ‘causas de empresa’.	511
1.1.3.-	Efectos de la suspensión sin la preceptiva autorización y de la revocación de la autorización en la vía administrativa o judicial.	519
1.2.-	Concurrencia de una excesiva onerosidad referenciable en el trabajador y la suspensión de la relación de trabajo.	522
1.2.1.-	Suspensión de la relación de trabajo por maternidad (más allá del puerperio) y por paternidad.	522
1.2.1.1.-	Breve exposición de su fundamentación dogmática.	522
1.2.1.2.-	La suspensión de la relación de trabajo por maternidad.	525
1.2.1.2.1.-	La suspensión por maternidad biológica (y la ‘suspensión por paternidad derivada’).	526
a.-	La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento de la madre.	532
b.-	La suspensión por maternidad en caso de fallecimiento del hijo.	533
1.2.1.2.2.-	La suspensión por maternidad en caso de adopción y acogimiento.	535
1.2.1.2.3.-	La suspensión por maternidad a tiempo parcial.	540
1.2.1.2.4.-	Negociación colectiva y suspensión de la relación de trabajo por maternidad.	542
1.2.1.3.-	La suspensión de la relación de trabajo por paternidad.	543
1.2.1.4.-	Valoración (crítica) de la reforma operada por la LO 3/2007.	544
1.2.2.-	Suspensión de la relación de trabajo por cuidado de familiares.	547
1.2.2.1.-	Definición y breve exposición de su fundamentación dogmática.	547
1.2.2.2.-	Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión.	549

1.2.2.3.- <i>Negociación colectiva y suspensión por cuidado de familiares.</i>	553
1.2.3.- <i>La suspensión de la relación de trabajo motivada por la violencia de género.</i>	556
1.2.3.1.- <i>Definición y breve exposición de la fundamentación dogmática.</i>	556
1.2.3.2.- <i>Condiciones para el ejercicio y duración de la suspensión.</i>	556
1.2.3.3.- <i>Negociación colectiva y suspensión por violencia de género.</i>	558
1.2.4.- <i>Suspensión para la formación o perfeccionamiento profesional.</i>	559
2.- <i>La suspensión de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva.</i>	561
2.1.- <i>Nota aclaratoria relativa a la suspensión por privación de libertad y por maternidad.</i>	562
2.2.- <i>Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el empresario: la suspensión por fuerza mayor.</i>	562
2.3.- <i>Suspensión por la concurrencia de un hecho obstativo referenciable en el trabajador: la suspensión por incapacidad temporal y por incapacidad permanente con previsible mejoría.</i>	566
2.3.1.- <i>La independencia sustantiva de la suspensión por incapacidad temporal prevista en el TRET con respecto a lo previsto en el Derecho de la Seguridad Social y su repercusión en la protección del empleo.</i>	567
2.3.2.- <i>La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad temporal: condicionantes para su reconocimiento.</i>	570
2.3.2.1.- <i>Asistencia sanitaria.</i>	571
2.3.2.2.- <i>Imposibilidad para el trabajo.</i>	572
2.3.2.3.- <i>Temporalidad de la imposibilidad para el trabajo: régimen jurídico de la duración de la incapacidad temporal.</i>	575
2.3.2.3.1.- <i>Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador con derecho al subsidio por incapacidad temporal.</i>	576
a.- <i>Alta médica sin propuesta de declaración de incapacidad permanente.</i>	579
b.- <i>Alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente.</i>	580
c.- <i>Alta médica por agotamiento del plazo.</i>	581
2.3.2.3.2.- <i>Duración de la suspensión de la relación de trabajo del trabajador sin derecho al subsidio por incapacidad temporal.</i>	583
2.3.3.- <i>Efectos suspensivos de la incapacidad permanente.</i>	586
3.- <i>La suspensión por incumplimiento imputable: la suspensión de la relación de trabajo por motivos disciplinarios.</i>	593
4.- <i>La suspensión ‘ope legis’.</i>	598
4.1.- <i>La suspensión como elemento imprescindible para el ejercicio material de derechos fundamentales.</i>	598
4.1.1.- <i>La huelga como causa suspensiva.</i>	598
4.1.2.- <i>La suspensión de la relación laboral por el ejercicio de cargo representativo.</i>	605
4.1.3.- <i>La suspensión de la relación laboral por el ejercicio de un cargo sindical.</i>	611
4.1.4.- <i>La suspensión de la relación de contrato por privación de libertad mientras no haya sentencia condenatoria.</i>	614
4.2.- <i>La suspensión por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (remisión)</i>	618
5.- <i>Recapitulación.</i>	619
C.- <i>Acotación de la ineficacia contractual como manifestación privilegiada de la conservación del negocio jurídico y como última frontera ante la ‘movilidad externa’.</i>	627
I.- <i>La ineficacia por resolución.</i>	629
1.- <i>El despido y la estabilidad en el empleo.</i>	629
1.1.- <i>El despido como incumplimiento grave y culpable: evolución histórica de la adaptación de la lógica resolutoria ex art. 1124 CC al Derecho del Trabajo.</i>	631
1.1.1.- <i>El régimen del despido de los ‘asalariados’ en el Código Civil.</i>	631

1.1.1.1.- El régimen resolutorio común para los ‘asalariados’ (ex art. 1586 CC).	631
1.1.1.1.1.- La resolución por incumplimiento grave y culpable: el despido.	631
1.1.1.1.2.- Los efectos del despido. Especial referencia a la distinción entre la indemnización de daños y perjuicios y la prestación por equivalente; y su tratamiento procesal en la LEC de 1881 y en la Ley de Tribunales Industriales 1908 y de 1912.	635
1.1.1.2.- El régimen resolutorio especial para los ‘empleados domésticos’ y para los ‘auxiliares del comerciante’ (en el Código de Comercio).	641
1.1.2.- El régimen del despido en el Código de Trabajo de 1926.	643
1.1.3.- El régimen del despido y los Comités Paritarios.	647
1.1.3.1.- El despido injustificado y la readmisión.	648
1.1.3.2.- La indemnización como prestación por equivalente y el control de la discrecionalidad del juzgador.	649
1.1.3.2.1.- Naturaleza jurídica de la indemnización por despido sin justa causa.	649
1.1.3.2.2.- La limitación del importe de la indemnización.	655
1.1.3.3.- La responsabilidad por mora del empresario.	657
1.1.4.- El despido en la II República.	659
1.1.4.1.- Las causas justificativas del despido.	662
1.1.4.1.1.- Mención especial a la extinción del contrato por ineptitud.	664
1.1.4.2.- La resolución contractual ilícita del empresario: la readmisión, la prestación por equivalencia y la mora.	666
1.1.5.- Naturaleza jurídica del despido durante el franquismo y la transición: continuismo en la concepción del despido como un supuesto resolutorio.	673
1.2.- Análisis jurídico-positivo del despido en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.	676
1.2.1.- El despido como un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable y crítica a las tesis alternativas a la lógica resolutoria.	677
1.2.1.1.- Premisa de partida: despido = a resolución por incumplimiento grave y culpable.	677
1.2.1.2.- Crítica a las objeciones planteadas a la validez de la naturaleza resolutoria del despido.	683
1.2.1.3.- Crítica a las tesis alternativas a la naturaleza resolutoria del despido.	691
1.2.2.- El régimen jurídico-positivo del despido: análisis de los elementos que salvaguardan la continuidad del negocio jurídico.	695
1.2.2.1.- Concepción restrictiva de las causas de despido.	695
1.2.2.1.1.- Breve referencia al papel de la negociación colectiva en la constrictión de los supuestos resolutorios por incumplimiento imputable.	698
1.2.2.2.- La procedimentalización del despido.	699
1.2.2.2.1.- Formalidades del despido.	700
a.- Manifestaciones ‘neutralizadoras’ de las garantías vinculadas a la formalización del despido.	703
b.- Garantías especiales en la formalización del despido.	706
1.2.2.3.- El control judicial de la facultad resolutoria del empresario.	711
1.2.2.3.1.- Consideraciones previas: problemática derivada de la sustantivización de normas procesales.	712
1.2.2.3.2.- La calificación del despido: análisis de los efectos jurídicos sustantivos y procesales y su impacto en la estabilidad en el empleo.	718
a.- Efectos jurídicos de la procedencia del despido.	718
b.- Efectos jurídicos de la improcedencia del despido: la condena al cumplimiento específico o por equivalente.	718
b.1.- La readmisión: el cumplimiento específico de la obligación.	723
b.2.- La indemnización legal tasada: el cumplimiento por equivalente de la obligación.	723
b.3.- Los salarios de tramitación: la responsabilidad por mora del empresario.	725
b.4.- La posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios (compatibilidad con la indemnización legal tasada).	733
b.5.- La ejecución del despido improcedente.	745

c.- Efectos jurídicos de la nulidad del despido: la condena al cumplimiento de la obligación 'in natura'.	752
c.1.- Los supuestos de nulidad del despido.	752
c.2.- La ejecución del despido nulo.	766
1.3.- Recapitulación.	770
2.- La resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario como manifestación de la estabilidad en el empleo.	774
2.1.- Factores fortalecedores de la estabilidad en el empleo presentes en la facultad resolutoria del trabajador por incumplimiento empresarial.	775
2.1.1.- En especial: la concepción restrictiva del incumplimiento imputable empresarial.	779
2.2.- Recapitulación.	787
3.- La alteración sobrevenida de lo pactado por excesiva onerosidad por parte del empresario: la resolución del contrato como medida de protección del empleo.	788
3.1.- Las 'causas de empresa' como proyección de la estabilidad en el empleo.	789
3.1.1.- Planteamiento general.	789
3.1.2.- El desequilibrio contractual exigido para justificar las vicisitudes contractuales: el 'alineamiento funcional' como medida de protección del empleo.	797
3.1.2.1.- Breve repaso a los planteamientos teórico-conceptuales que inspiran la estabilidad en el empleo conforme a la legalidad jurídico-laboral democrática.	798
3.1.2.2.- Vinculación entre las 'causas de empresa' y el 'alineamiento funcional' y su proyección en la protección del empleo.	806
3.1.2.2.1.- Las 'causas' y 'finalidades' como parámetros de delimitación del riesgo no ordinario.	810
3.1.2.2.2.- La resolución del contrato como 'medida' empresarial para la superación del riesgo no ordinario.	821
a.- Tipología de los riesgos.	825
a.1.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la rentabilidad.	825
a.2.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la eficiencia.	838
a.3.- La concreción jurisprudencial (y administrativa) de la excesiva onerosidad por 'causas de empresa': crónica de un resultado impredecible.	843
i.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la rentabilidad.	844
ii.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la eficiencia.	847
iii.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad, la descentralización productiva y la jurisprudencia.	853
iv.- La concreción de la excesiva onerosidad por parte de la Autoridad Laboral.	859
v.- Valoración (crítica) del régimen jurídico de la resolución por 'causas de empresa' y de su interpretación por los órganos jurisdiccionales (y administrativos).	860
a.4.- Resolución de las contrataciones indefinidas para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable.	863
b.- Elementos procedimentales de la resolución por excesiva onerosidad por 'causas de empresa' como garantía del empleo.	871
b.1.- Delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 51 y 52.c) TRET.	872
i.- El número de trabajadores afectados y los efectivos de la empresa.	873
ii.- El factor temporal.	878
b.2.- Canalización procedimental de la resolución colectiva por excesiva onerosidad, 'ex' art. 51 TRET.	880
i.- Fase de Iniciación.	881
i.1.- Iniciativa extintiva.	881
i.2.- Deber de información.	883
ii.- Fase de negociación: el período de consultas.	894
iii.- Fase de instrucción.	923



<i>in.- Fase de decisión.</i>	925
<i>b.3.- Canalización procedimental de la resolución individual o 'plural' por excesiva onerosidad ex art. 52.c) TRET.</i>	933
<i>c.- El papel de la negociación colectiva en la resolución del contrato por 'causas de empresa'.</i>	942
<i>d.- El control judicial de la resolución por excesiva onerosidad por 'causas de empresa' y régimen jurídico de su ejecución procesal (remisión).</i>	947
3.2.- <i>La Resolución del contrato por excesiva onerosidad por 'otros' motivos no inherentes al trabajador: los apartados a), b) y d) del art. 52 TRET.</i>	953
3.2.1.- <i>Descripción de los motivos resolutorios.</i>	954
3.2.1.1.- <i>Resolución del contrato por ineptitud sobrevenida (art. 52.a TRET).</i>	954
3.2.1.2.- <i>Resolución del contrato por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b TRET).</i>	960
3.2.1.3.- <i>Resolución del contrato por faltas de asistencia (art. 52.d TRET).</i>	963
3.2.2.- <i>Aspectos procedimentales comunes a los supuestos resolutorios del art. 52 TRET.</i>	973
3.3.- <i>Especial referencia al art. 44.9 TRET.</i>	975
3.4.- <i>Recapitulación.</i>	979
4.- <i>La crisis concursal y la extinción del contrato.</i>	987
4.1.- <i>La declaración del concurso y la estabilidad en el empleo.</i>	987
4.2.- <i>Efectos de la declaración del concurso en la continuidad de los contratos de trabajo.</i>	989
4.3.- <i>Declaración del concurso y alteración sobrevenida de lo pactado: medidas posibles y procedimiento para su implantación.</i>	990
4.4.- <i>Recapitulación.</i>	999
5.- <i>La resolución del contrato por excesiva onerosidad por parte del trabajador como respuesta a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: régimen jurídico de una consecuencia de la estabilidad en el empleo.</i>	1003
5.1.- <i>Naturaleza jurídica de la resolución indemnizada a instancia del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.</i>	1005
5.2.- <i>Régimen jurídico de la facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad.</i>	1008
5.3.- <i>Recapitulación.</i>	1010
6.- <i>La resolución del contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida: incidencia de la estabilidad en el empleo en la ineficacia del contrato derivada de un hecho obstativo.</i>	1013
6.1.- <i>La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al empresario.</i>	1014
6.1.1.- <i>Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona jurídica.</i>	1014
6.1.1.1.- <i>La prestación empresarial frente a un hecho obstativo y la continuidad en el empleo.</i>	1015
6.1.1.1.1.- <i>La prestación del empresario, la imposibilidad objetiva y su eficacia extintiva.</i>	1015
6.1.1.1.2.- <i>Las teorías objetiva y subjetiva de la imposibilidad objetiva y sus efectos en la estabilidad en el contrato.</i>	1021
6.1.1.2.- <i>Procedimentalización de la extinción del contrato por imposibilidad objetiva como reacción a la 'particular' incidencia de la imposibilidad objetiva en la prestación empresarial.</i>	1025
6.1.2.- <i>Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona física.</i>	1030
6.2.- <i>La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al trabajador y la estabilidad en el empleo.</i>	1037
6.2.1.- <i>Modalización de la eficacia extintiva de la incapacidad permanente como circunstancia imposibilitante.</i>	1038
6.3.- <i>Recapitulación.</i>	1044
II.- <i>Otros supuestos de ineficacia contractual.</i>	1047
1.- <i>El desistimiento durante el período de prueba.</i>	1047

2.- <i>La extinción del contrato fundada en la libertad de empresa: el fin de la actividad productiva.</i>	1051
III.- <i>Recapitulación.</i>	1059
D.- <i>Una visión en perspectiva del sistema de protección del empleo: comparación entre el modelo republicano y el vigente.</i>	1071
CONCLUSIONES PARCIALES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.	1075
<b>SEGUNDA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO – LA FINALIDAD PREVENTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE AL RIESGO DE PERDER EL EMPLEO</b>	
CAPÍTULO I.- <i>CONSIDERACIONES PREVIAS: LA EFICIENCIA DE LA NORMA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE EN EL ESTUDIO DEL DERECHO DEL TRABAJO.</i>	1083
CAPÍTULO II.- <i>LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN DE UN RIESGO: DESCRIPCIÓN DE UN ‘MÉTODO ANALÍTICO’.</i>	1091
A.- <i>Esquema general: la prevención primaria, secundaria y terciaria.</i>	1091
I.- <i>Cuestiones propedéuticas.</i>	1094
1.- <i>Síntesis de las principales corrientes doctrinales del Análisis Económico del Derecho y aportación de la obra de Guido Calabresi.</i>	1094
2.- <i>La función del Derecho según el Análisis Económico del Derecho.</i>	1102
3.- <i>El método analítico de la Economía y el realismo antiformalista.</i>	1110
4.- <i>Recapitulación.</i>	1115
II.- <i>La prevención secundaria y la imputación de los costes derivados del perfeccionamiento de un riesgo.</i>	1117
III.- <i>La prevención primaria y la anticipación del riesgo.</i>	1120
1.- <i>El riesgo: la situación previa de empleo.</i>	1120
2.- <i>La articulación de las medidas de prevención primaria: los métodos decisorios.</i>	1124
2.1.- <i>La prevención general o de mercado: la determinación del nivel de empleo a través del encarecimiento de las actividades dañosas.</i>	1126
2.2.- <i>La prevención específica o colectiva: la determinación del nivel de empleo a través de la prohibición de las actividades dañosas.</i>	1133
2.3.- <i>La aplicación conjunta de los métodos decisorios: la regla de propiedad, la regla de responsabilidad y la regla de inalienabilidad.</i>	1141
2.3.1.- <i>Especial referencia a la regla de responsabilidad.</i>	1144
2.3.1.1.- <i>La sanción como medida de anticipación de un riesgo.</i>	1146
2.3.1.2.- <i>Los criterios de imputación de responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por riesgo.</i>	1149
3.- <i>Recapitulación.</i>	1156

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA METODOLOGÍA ANALÍTICA DE LA ECONOMÍA: EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y LA PREVENCIÓN DEL RIESGO A LA PÉRDIDA DEL EMPLEO.	1159
<i>A.- La lógica liberal y la sujeción a los actos propios como medida preventiva para la estabilidad en el empleo.</i>	1161
<i>I.- El Derecho común y la prevención frente a la extinción sin causa del contrato.</i>	1161
<i>1.- Medidas preventivas frente a la extinción sin causa de los contratos de duración determinada: la estabilidad contractual.</i>	1164
<i>1.1.- Régimen general o ‘común’.</i>	1164
<i>1.1.1.- La causalidad del despido como medida de prevención primaria específica.</i>	1165
<i>1.1.1.1.- El supuesto de hecho de la norma.</i>	1165
<i>1.1.1.2.- La sanción.</i>	1167
<i>1.1.1.3.- Los costes terciarios y la causalidad del despido.</i>	1168
<i>1.1.2.- El control de la decisión empresarial y la valoración de los costes terciarios.</i>	1168
<i>1.1.3.- La ejecución del fallo y los costes terciarios: la prestación por equivalencia y la prevención de mercado.</i>	1173
<i>1.2.- El contrato de trabajo de los ‘auxiliares del comerciante’ y ‘empleados domésticos’.</i>	1177
<i>2.- Los contratos indefinidos y la prevención frente al desistimiento intempestivo.</i>	1182
<i>3.- Recapitulación.</i>	1184
<i>II.- El Real Decreto 22 de julio 1928 y la reafirmación del modelo preventivo liberal frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo.</i>	1187
<i>1.- Incidencia de la readmisión en la configuración del modelo preventivo liberal.</i>	1187
<i>1.1.- Efectos preventivos de la responsabilidad por mora del empresario.</i>	1191
<i>1.2.- La posibilidad de cumplir por equivalente y la prevención de mercado.</i>	1193
<i>1.2.1.- Las dificultades para reclamar una indemnización de daños y perjuicios y su incidencia en la prevención de las extinciones arbitrarias.</i>	1194
<i>1.2.2.- La valoración del perjuicio.</i>	1194
<i>1.2.3.- La limitación cuantitativa de la compensación económica.</i>	1196
<i>1.2.4.- La recolocación del trabajador injustamente despedido.</i>	1198
<i>2.- Recapitulación.</i>	1199
<i>B.- La II República y las medidas preventivas dirigidas a la protección del empleo.</i>	1201
<i>I.- Las reglas de responsabilidad durante la II República.</i>	1201
<i>1.- La responsabilidad subjetiva: novedades con respecto al sistema preventivo liberal.</i>	1201
<i>2.- La responsabilidad objetiva y el fraccionamiento de los daños por extinción del contrato.</i>	1204
<i>3.- Las reglas de inalienabilidad: la readmisión forzosa y la intervención previa de los órganos corporativos en las extinciones por crisis de trabajo.</i>	1207
<i>II.- Recapitulación.</i>	1211

<i>C.- La protección del empleo en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social vigente: un análisis desde la perspectiva del método analítico de la economía y de la lógica preventiva – propuestas de ‘legiferenda’.</i>	1212
<i>I.- El ordenamiento laboral y la prevención del riesgo a perder el empleo a través de las reglas de responsabilidad.</i>	1212
1.- <i>La responsabilidad subjetiva y la prevención de las extinciones arbitrarias.</i>	1212
1.1.- <i>La resolución del contrato injustificada.</i>	1213
1.2.- <i>El incumplimiento contractual del empresario.</i>	1224
2.- <i>La responsabilidad por riesgo y el fraccionamiento de los costes por la pérdida del empleo.</i>	1226
2.1.- <i>Facultad resolutoria empresarial por imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.</i>	1226
2.2.- <i>Facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.</i>	1236
<i>II.- Las reglas de inalienabilidad en el ordenamiento jurídico vigente.</i>	1237
1.- <i>La autorización previa para extinguir el contrato.</i>	1238
1.1.- <i>Intervención previa en los desequilibrios extraconcursoales.</i>	1238
1.2.- <i>Intervención previa en los desequilibrios concursoales.</i>	1244
2.- <i>La declaración de nulidad de la resolución contractual y la readmisión obligatoria del trabajador.</i>	1245
<i>D.- Recapitulación.</i>	1249
<i>E.- Valoración (crítica) de la ‘flexiseguridad’ desde la perspectiva preventiva del AED.</i>	1251

**CONCLUSIONES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.**

*i*

**BIBLIOGRAFÍA**

*xix*





***C.- Acotación de la ineficacia contractual como manifestación privilegiada de la conservación del negocio jurídico y como última frontera ante la ‘movilidad externa’.***

En los epígrafes anteriores de este *Capítulo IV*, a partir de la descripción de ciertos parámetros sistematizadores (*Apartado A*), hemos tratado de ofrecer una exposición ordenada de los diversos factores implícitos en los supuestos “modificatorios” y suspensivos que promueven la estabilidad en el empleo (*Apartado B*). Nuestro propósito de colocar en un mismo plano dimensiones preventivas claramente heterogéneas, a fin de evaluar la intensidad con la que se trata de neutralizar las fuentes de inestabilidad que amenazan al contrato, nos está impulsado a llevar este método analítico. Nuestra intención, en el presente *Apartado C*, es trasladar este enfoque al régimen jurídico de la ineficacia contractual. Extremo sumamente relevante a los efectos de nuestro estudio, por cuanto que, al delimitar la frontera entre la continuidad o no, sin duda, se erige en la manifestación privilegiada de la estabilidad en el empleo.

Más allá de los supuestos de ineffectividad derivados de defectos estructurales (intrínsecos) del contrato o de normas imperativas que lleven aparejada la infracción de invalidez, la ineficacia contractual es, sin duda, el factor más amenazante de la continuidad del empleo. Frente a esta fuente de inestabilidad, el ordenamiento jurídico y, en especial, el Derecho del Trabajo ha tratado de restringir los motivos que hacen que el contrato cese en la producción de sus efectos, haciendo especial hincapié en la resolución, como manifestación de ineficacia contractual sobrevenida con más capacidad desestabilizadora. El objetivo se ha centrado, por un lado, en dejar a su mínima expresión la ineficacia contractual por desistimiento del empresario; y, por otro, en endurecer los motivos resolutorios a fin de preservar la continuidad del negocio jurídico. Planteamiento que, como se ha expuesto, se inicia en el Derecho común con la resolución por incumplimiento imputable y que se exportará posteriormente al Derecho del Trabajo, extendiéndose en esta rama del ordenamiento jurídico al incumplimiento por imposibilidad objetiva y a la excesiva onerosidad sobrevenida. Aunque este último motivo resolutorio, en aras a la estabilidad en el empleo, ha sufrido un proceso de “apertura” con el fin de posibilitar la continuidad de la actividad productiva y con ella la de los contratos a ella vinculados.

La idea, por tanto, consiste en articular un mecanismo jurídico que sea capaz de limitar los supuestos de ineficacia contractual motivada por el incumplimiento y, para cuando no sea posible evitarlo, articular un sistema de compensación para reparar los perjuicios provocados por el incumplimiento de lo pactado. Lo que, a su vez, se erige en un mecanismo disuasivo para el sujeto incumplidor y, por lo tanto, un factor persuasivo a cumplir lo pactado. Mecánica en la

que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo juegan un papel muy destacado, pues, a diferencia de los planteamientos decimonónicos clásicos, no existe ningún espacio de irresponsabilidad, al menos, en lo que al incumplimiento del empresario se refiere.

A partir de esta lógica operativa, se constata que el régimen jurídico de la ineficacia contractual sobrevinida adquiere un papel preventivo destacado, erigiéndose en el elemento capital de la estabilidad en el empleo, pues, - como hemos afirmado - delimita la (última) frontera entre la continuidad y la no continuidad (lo que la doctrina laboral denomina “movilidad externa”). En definitiva, es el factor que describe con mayor precisión el nivel de riesgo o inestabilidad que la sociedad está dispuesta a asumir. Lo que debe ayudarnos al propósito de *cuantificar* el nivel de estabilidad en el ordenamiento jurídico laboral o, por lo menos, a delimitar los parámetros que deberían permitirnos acercarnos a su evaluación aproximada.

Llegados a este estadio, se comprende que en determinadas circunstancias el Legislador considere que los contratantes no sean las personas más adecuadas para evaluar el nivel de riesgo que más les conviene. Y, esto sucede, especialmente, en situaciones en las que están implicados intereses colectivos o bienes de naturaleza jurídico-pública. Lo que justifica que se restrinja la capacidad decisoria de los afectados, atribuyéndosela total o parcialmente a un tercero (Autoridad Laboral o jurisdiccional - para el concurso) porque se considera que, en principio, es el sujeto con capacidad suficiente para tomar una decisión que integre todas las dimensiones implicadas.

En este contexto, la ciencia económica, como ya se ha avanzado, puede sernos de una gran utilidad, porque puede ayudarnos a buscar el sistema de prevención de la inestabilidad por ineficacia por resolución más adecuado, pues, *puede ayudarnos* a prever los efectos de las normas sobre los individuos y, en consecuencia, prever su reacción, facilitándonos la posibilidad de crear los instrumentos jurídicos más adecuados para alcanzar el objetivo propuesto.

Sin embargo, para poder desplegar la metodología analítica de la economía es imprescindible que, con carácter previo, describamos, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, el entramado jurídico-positivo de los supuestos de ineficacia contractual más amenazantes para la estabilidad en el empleo. Por ello, siempre con la vista puesta en la repercusión preventiva de cada una de las instituciones, procederemos al estudio de los supuestos de ineficacia por resolución basada en un incumplimiento imputable; en una excesiva onerosidad (teniendo en cuenta su tratamiento en la legislación concursal de un modo separado) y también por la concurrencia de un hecho obstativo. Finalmente, también se procederá al estudio del desistimiento y de la extinción del contrato por cierre de empresa.

El fin último – reiteramos –, en conjunción con los extraído del estudio de los supuestos “modificatorios” y “suspensivos, es intentar obtener una visión de conjunto que nos



permite describir la intensidad con la que se persigue la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español. Y, en paralelo, tratar de averiguar si existe o no un sistema que promueva la estabilidad en el empleo

## ***I.- La ineficacia por resolución.***

### ***1.- El despido y la estabilidad en el empleo.***

El régimen jurídico del despido juega en la configuración de la estabilidad en el empleo juega un papel central. Los elementos que repercuten de un modo más intenso en la salvaguarda de la estabilidad son, principalmente, tres. En primer lugar, la concepción restrictiva de las causas de despido, en aras a garantizar la conservación del negocio jurídico. En segundo lugar, la previsión de una serie de formalidades, establecidas con el objeto de canalizar y monitorizar la decisión extintiva empresarial. Y, en tercer lugar, la readmisión forzosa o bien la posibilidad de sustituirla por una compensación económica en determinados supuestos de resolución injustificada o improcedente. Aspecto, éste último, especialmente relevante por cuanto dibuja la verdadera frontera entre la continuidad y la no continuidad.

Aseveración, ésta última, que, antes de continuar con la exposición, merece un pequeño alto en el discurso expositivo. Sin perjuicio de lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este estudio, conviene reiterar en este momento una idea ya expuesta con anterioridad, pero que resulta capital para el desarrollo de la exposición que sigue. El presente estudio trata de combinar el análisis del ordenamiento jurídico desde la perspectiva dogmática y desde el aparato analítico de la economía. A pesar de que ambas metodologías analíticas se centran en el mismo objeto de estudio (la norma jurídica) es evidente que parten de planteamientos conceptuales distintos. La idea que se persigue en este trabajo es la combinación de ambas metodologías, tratando de evitar su confusión. Pues bien, a nuestro modo de ver, en algunos estudios recientes sobre el régimen jurídico del despido se tiende a un cierto solapamiento. Desde la perspectiva analítica de la economía es claro que desde el instante que el Legislador admite la posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización y ésta está tasada, la estabilidad en el empleo está condicionada *simplemente* al coste de oportunidad del empresario. Ahora bien, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, es muy discutible que, atendiendo a parámetros estrictamente técnico-jurídicos, en el ordenamiento jurídico español pueda hablarse de un *desistimiento indemnizado*. Como ya se ha apuntado en otra ocasión, admitir esto último es, a nuestro entender, no sólo una evidencia de la confusión en el empleo de estas metodologías analíticas, sino - y lo que es más preocupante - la substitución de la jurídica por la económica.

Retomando la exposición, sin perjuicio del análisis pormenorizado de cada una de las dimensiones de la regulación del despido que más repercuten en la protección del empleo (concepción restrictiva de las causas, formalización y posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización), conviene resaltar que se trata de una institución extraordinariamente discutida a nivel doctrinal. Discusión sumamente relevante porque repercute de una forma notabilísima en la configuración del sistema de protección del empleo. Paralelamente, el interés de esta cuestión reside en la vinculación existente entre la naturaleza contractual de esta facultad y su vinculación con la estabilidad en el empleo y el derecho al trabajo (el hecho de que el trabajador ostente una facultad “similar” a la reconocida al empresario, da a entender que la libertad de empresa no puede erigirse en un fundamento jurídico válido, pues, da lugar a un planteamiento parcial - aspecto anteriormente expuesto con detalle).

Como premisa de partida y para que no haya duda sobre la tesis que defendemos, en este estudio se parte de lo que la doctrina científica ha denominado como concepción *restrictiva* del concepto de *despido*; esto es, sólo referido a los supuestos de incumplimiento grave y culpable del trabajador y conceptualmente subsumible en un supuesto de resolución del contrato, *ex art. 1124 CC*. Por otra parte, se defiende la *aplicación supletoria* de la normativa civil en todos los supuestos resolutorios por incumplimiento grave y culpable previstos en la legislación laboral (esto es, los recogidos en los arts. 54 y 50 TRET). Por otra parte, se entiende que la naturaleza del resarcimiento legal tasado es una compensación por la no readmisión del trabajador ilícitamente despedido, esto es, la prestación por equivalente. De lo que se colige que la indemnización legal tasada, en cuanto prestación por equivalente, es compatible con la indemnización de daños y perjuicios, *ex arts. 1124 y 1101 CC*.

La significación de este planteamiento desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo es indiscutible. Si se admite que los trabajadores tienen el derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, además de la compensación legal tasada, *en cualquier resolución contractual calificada como improcedente*, es fácil advertir que el efecto disuasivo sobre la conducta de los empresarios sería extraordinariamente intenso. De hecho, de admitirse, podría afirmarse que nos encontraríamos, sin duda, en un punto de inflexión en la evolución del principio de estabilidad en el empleo.

La cuestión es que el origen de este planteamiento se halla en la lógica liberal y, más concretamente, en el régimen jurídico de la resolución de los contratos de duración determinada previsto en el Código Civil. Por ello, para demostrar la validez de la tesis expuesta deben replantearse algunos de los conceptos e instituciones del régimen resolutorio vigente y, con este objetivo, debe acudir a la interpretación histórica del Derecho del Trabajo. Por este motivo, y siguiendo un criterio cronológico, se analizará el régimen resolutorio previsto en el Derecho común así como su evolución posterior en la legislación laboral hasta el estallido de la

Guerra Civil. Sin perjuicio de una breve mención, conviene advertir que, el análisis que sigue a continuación se detendrá en este período histórico porque, desde la perspectiva de la protección del empleo, la legislación republicana, en términos generales, otorga al régimen jurídico del despido los elementos constitutivos necesarios para poderlo entender tal y como hoy lo entendemos.

### ***1.1.- El despido como incumplimiento grave y culpable: evolución histórica de la adaptación de la lógica resolutoria ex art. 1124 CC al Derecho del Trabajo.***

#### ***1.1.1.- El régimen del despido de los ‘asalariados’ en el Código Civil.***

Como se ha apuntado al analizar la conformación de la estabilidad en el empleo como principio vertebrador del Derecho del Trabajo, la legislación liberal hace una distinción entre el régimen extintivo común de los “asalariados”, del previsto para los empleados domésticos y los auxiliares del comerciante.

Antes de proceder al estudio de las especificidades de cada uno de estos regímenes, conviene advertir que el alcance del análisis de este período histórico y, especialmente, del régimen jurídico de los empleados domésticos, trasciende del propósito anunciado con anterioridad. Especialmente, porque asumiendo que la pérdida del empleo es un riesgo frente al que pueden adoptarse una serie de medidas preventivas, *desde la perspectiva de la metodología analítica de la economía*, el régimen jurídico de la resolución del contrato de los empleados domésticos dibuja un mecanismo de prevención extraordinariamente similar al previsto en la lógica resolutoria recogida en el TRET vigente. Lo que lo hace sumamente interesante, no sólo por esta circunstancia, sino porque, dada la simplicidad con la que está regulado, es un cauce privilegiado para la comprensión de la mecánica preventiva ínsita en la lógica resolutoria y, sobre todo, dadas la similitud apuntada, porque será una plataforma sobresaliente para comprender la lógica preventiva prevista en el vigente TRET. Aspectos que serán debidamente analizado en la *Segunda Parte* de este estudio (pero que convendría precisar en este estadio de la investigación).

#### ***1.1.1.1.- El régimen resolutorio común para los ‘asalariados’ (ex art. 1586 CC).***

##### ***1.1.1.1.1.- La resolución por incumplimiento grave y culpable: el despido.***

La resolución del contrato según la lógica liberal viene descrita en el art. 1586 CC para los contratos de duración determinada. La ineficacia del contrato puede ser consecuencia, bien,

de la concurrencia de un hecho obstativo sobrevenido o de un incumplimiento grave y culpable. Supuesto resolutorio, éste último, que va a centrar el objeto de este epígrafe.

En el ámbito laboral, el la resolución por incumplimiento grave y culpable es calificado como *despido*. En consecuencia, el término *despido*, “no es ni más ni menos que la extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario fundada en un *incumplimiento culpable del trabajador*”<sup>1</sup>. Por lo tanto, la institución del despido es un instrumento de reacción *excepcional* ante determinadas circunstancias que, al *traumatizar* el curso de la relación, justifican la ruptura de lo acordado a instancia de una de las partes. Desde este instante conviene dejar sentado que, a los efectos de la tesis que se sostiene en este trabajo, el resto de circunstancias

---

<sup>1</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 115 [la cursiva es nuestra]; y *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 44. No obstante, este autor califica como “despido” la extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida, criterio que no puede compartirse, dado que a pesar de concurrir un incumplimiento, no puede calificarse como “despido”, porque no es culpable. RODRÍGUEZ-PINERO, a partir de la institución alemana del “*kündigung*” (instituto similar al *desistimiento*), distingue entre *despido ordinario* y *despido extraordinario* (criterio que ha seguido un amplio sector de la doctrina laboral española). El primero se refiere a las extinciones de los contratos de duración indefinida en los que no es necesario alegar causa alguna (desistimiento). El despido es “ordinario”, entiende, porque es el método normal de extinción del contrato. En cambio, “despido extraordinario” hace referencia a la extinción del contrato de trabajo excepcional, antes del término, por lo que es necesario alegar una causa que lo justifique. *Vid. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit. Tesis defendida recientemente por PÉREZ REY. *Estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 28 y ss.

Sin embargo, esta terminología y las consecuencias sustantivas que se desprenden de su utilización no pueden compartirse. En primer lugar, porque, tal y como ha destacado la doctrina civil, la distinción entre el desistimiento (*kündigung*) ordinario y el extraordinario en el derecho alemán acaba resultando un poco imprecisa, “porque las diferencias que principalmente caracterizan a uno y otro tipo de desistimiento se diluyen al comenzarse a admitir excepciones”. Lo que, en definitiva, lo aleja sustancialmente de las instituciones jurídicas españolas, impidiendo que pueda exportarse a nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, en ocasiones, el desistimiento ordinario es aplicable en contratos de duración determinada, pasando a ser su modo normal de terminación. En otras ocasiones, el extraordinario se admite en relaciones sometidas o no a término. Por otra parte, en lo que se refiere al presupuesto de su ejercicio, en el ordinario se ha admitido el requisito de la justa causa; mientras que en el extraordinario se admite también *ad nutum*, o bien se exige, junto a la justa causa, el preaviso. Conviene apuntar, que en el derecho alemán, la figura de la resolución en los contratos duraderos (no de tracto único) queda desplazada casi sin excepción por el desistimiento siempre que concorra una “causa relevante” – concepto de *textura abierta* - (apunte, por otra parte, sumamente importante porque llevará al mencionado autor a sostener la inaplicabilidad de la resolución contractual al contrato de trabajo – *vid. infra*). En la doctrina italiana (muy influenciada por la alemana en este aspecto), se entiende también (aunque sin unanimidad), que la clasificación entre el desistimiento ordinario y extraordinario no resulta del todo adecuada (en contra, MANCINI), debiéndose adoptar como parámetro clasificatorio la necesidad o no de alegar una causa para poder extinguir. Por otra parte, la distinción entre la resolución contractual y el desistimiento (*recesso*) no resulta del todo clara, pues la primera tiene efectos retroactivos y carácter judicial y el segundo es irretroactivo y extrajudicial, es difícil establecer una distinción en cuanto al presupuesto causal. *Vid.* al respecto, KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., p. 26 a 45. Finalmente, señalar que según esta autora, partiendo de un concepto de la resolución *ex art. 1124 CC restringido* (circunscrito al incumplimiento culpable y la imposibilidad objetiva) y del análisis de diversos preceptos del CC (mandato – arts. 1736 y 1737; depósito – art. 1776; comodato – arts. 1749; y sociedad – art. 1707), si bien admite la existencia en el Derecho civil español de supuestos de desistimiento por justa causa (concretamente en el art. 1776 CC) distintos de la resolución, “la posibilidad de extraer un principio general de aplicación a supuestos similares, empleando el método de la analogía *iuris*” (...), parece, sin embargo, bastante improbable” (p. 61).

En segundo lugar, porque el término *despido* que en este trabajo se sostiene, se refiere exclusivamente a la resolución del contrato motivada por el incumplimiento del trabajador. Por lo tanto, no podemos calificar como “despido” al desistimiento, porque es consustancial al desistimiento la no exigencia de un motivo que lo justifique. Lo que sí podría afirmarse es que el desistimiento es la forma *ordinaria* de extinción del contrato indefinido, según la legislación civil. Por otro lado, la excepcionalidad es consustancial al concepto de *despido*, porque supone el fin del contrato sobrevenidamente antes del término, por lo que resulta reiterativo atribuirle el calificativo de “extraordinario”.

que motivan la extinción del contrato, no derivadas del incumplimiento culpable del trabajador, no se califican como *despido*<sup>2</sup>.

En cuanto a lo que debe entenderse por *causas justificadas* el Código Civil guarda silencio, por lo que la tarea de su concreción se traslada a los Tribunales<sup>3</sup>. No obstante, como se sabe, los caracteres de este incumplimiento son la gravedad y la culpabilidad<sup>4</sup>. Esta “imprecisión” contrasta con el *rigor técnico* con la que el Código de Comercio de 1885 establece los diversos modos de extinción del contrato de trabajo. Concretamente, en los contratos de duración determinada se admiten cuatro únicas causas de extinción: la decadencia del término, el mutuo acuerdo, el despido del empresario y la dimisión del trabajador. Las dos últimas deben basarse en alguno de los motivos que detalladamente se tipifican como justas causas en los artículos 300 y 301 Ccom<sup>5</sup>. De esta forma se diferencia claramente el despido derivado del incumplimiento culpable y las causas de extinción que responden a otra naturaleza. De hecho, de la relación de conductas susceptibles de ser alegadas como causas de extinción y de las consiguientes responsabilidades contractuales recogidas en el texto legislativo mercantil, se encuentran suficientes alusiones a los deberes y derechos de las partes no sólo como para reconstruir la relación que vincula al comerciante con su auxiliar<sup>6</sup>, sino para identificar el germen de la regulación sustantiva del despido contemporáneo.

El mecanismo jurídico previsto para extinguir el contrato, como se sabe, es la resolución, *ex art.* 1124 CC<sup>7</sup>. Como se sabe también, la resolución es un supuesto de ineficacia sobrevinida del contrato de trabajo, junto con la revocación y la rescisión<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 59 y ss.

<sup>3</sup> En este sentido la doctrina ha tratado de establecer un listado que trate de suplir las deficiencias técnicas del Código Civil; *Vid.* por todos, SCAEVOLA. *Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664*, *op. cit.*

<sup>4</sup> *Vid.* al respecto, SAMPEDRO CORRAL. *La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador*. DL n° 45, 1995, p. 33 a 35.

<sup>5</sup> Art. 300 CCom: Serán causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes, no obstante no haber cumplido el plazo del empeño: 1º. El fraude o el abuso de confianza en las gestiones que les hubieren confiado; 2º. Hacer alguna negociación de comercio por cuenta, propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal; 3º. Faltar gravemente al respeto y consideración debidos a éste o a las personas de su familia o dependencia”.

Art. 301 CCom: “Serán causas para que los dependientes pueden despedirse de sus principales, aunque no hayan cumplido el plazo del empeño: 1º. La falta de pago en los plazos fijados del sueldo o los estipendios convenidos; 2º. La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente; 3º. Los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal”.

<sup>6</sup> BORRAJO DACRUZ. *Los auxiliares del comerciante en derecho español*, *op. cit.*, p. 16 a 21.

<sup>7</sup> Cfr. entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*; DIÉGUEZ CUERVO. *Las reglas disciplinarias del trabajo*. RPS n° 67, 1965, p. 18 y 19; ABELLA MESTANZA. *Despidos especiales por razón de las personas*, *op. cit.*, p. 71; y DURÁN LÓPEZ. *Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>8</sup> *Vid.* ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, *op. cit.*, p. 455 y ss.; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 7. Como apunta la doctrina, “el art. 1124 CC se nos presenta como una evidente norma de equidad y justicia, destinado a salvaguardar el equilibrio contractual, y, por otra parte, como una consecuencia ineludible de la estructura contractual, en la que se exige la subsistencia del elemento ‘causa’”. PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 342. *Vid.* también, MONTOYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, *op. cit.*, p. 37 y 38. Según MOSCO, la resolución se integra en los denominados *derechos de extinción*; y dentro de esta categoría, en las *impugnaciones o derechos*

Debe tenerse en cuenta que la resolución como negocio jurídico extintivo no es abstracto. Volviendo a hacer referencia a la cita de MONTROYA MELGAR, conviene recordar que “si por causa de un negocio jurídico se entiende la finalidad económico-social que le atribuye el Derecho no hay duda de que todo ‘acto extintivo’ tiene una causa, y que ésta es, invariable y necesariamente, el interés en la disolución de un vínculo jurídico”. Llegados a este punto, es conveniente distinguir entre la *causa* (como función económica y social del negocio) y las *causas justas* del acto extintivo: “mientras que la causa en sentido técnico es la misma para todo negocio extintivo – a saber, satisfacer el interés de la parte o partes que decidan resolver el contrato, mediante la cesación de la relación jurídica –, las llamadas ‘justas causas’ de resolución del contrato son las varias circunstancias cuya presencia el ordenamiento exige para otorgar legitimidad al acto extintivo”<sup>9</sup>.

Como es bien sabido, la dicción del art. 1124 CC faculta para “exigir el cumplimiento o bien la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de los intereses en *ambos casos*; o sea, que se puede pedir el cumplimiento (o el sustitutivo, el *id quod interest*) y, además, como algo *distinto*, los daños y perjuicios”<sup>10</sup>.

La resolución puede operar de diversos modos<sup>11</sup>. Puede declararse acudiendo directamente a la vía judicial, a través de una acción constitutiva. En tal caso, la sentencia que declare la resolución, también constitutiva, puede fijar como momento de la resolución el de la manifestación hecha por la parte, si se comprueba que concurren las circunstancias legalmente establecidas<sup>12</sup>.

No obstante, el art. 1124 CC habla de la “facultad de resolver las obligaciones”, lo que quiere decir que reconoce una acción de resolución, esto es, un derecho potestativo<sup>13</sup>. De

---

*de agresión* (puesto que el efecto extintivo repercute inmediatamente en la esfera del otro sujeto). MOSCO, *op. cit.*, p. 10.

<sup>9</sup> MONTROYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, *op. cit.*, p. 30 y 31.

<sup>10</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 51. *Vid.* también, PANTALEÓN. *Resolución por incumplimiento e indemnización*. ADC 1989; ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*. Civitas. Madrid, 1990, nota 36, p. 55 y 56; PUIG PEÑA. *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*, *op. cit.*, p. 26; IZQUIERDO TOLSADA. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Editorial Reus. Madrid, 1993, p. 144. Por tanto, debe rechazarse la tesis de MONTROYA MELGAR, al afirmar que “en los antecedentes constituidos por los Códigos Civil y de Comercio el despido *ante tempus* y sin justa causa generaba exclusivamente consecuencias indemnizatorias a cargo del empresario, en cuanto que éste incumplía el contrato (Art. 1584 CC y 299 Ccom)”. MONTROYA MELGAR. *El despido improcedente y sus efectos*, *op. cit.*, p. 518. En términos similares, LUJÁN ALCARAZ. *¿Despido improcedente o desistimiento?* ASoc n° 3, 2003, versión digital (BIB 2003\513). Afirmación que si bien es cierto con respecto a los empleados domésticos y a los auxiliares del comerciante (*vid. infra*), no lo es con respecto al resto de contratos de duración determinada, pues el art. 1586 CC no restringe las opciones que el art. 1124 CC pone a disposición de la parte que ha cumplido el contrato.

<sup>11</sup> Como se sabe, el plazo para ejercer la acción es de 3 años y se configura de prescripción (art. 1967 CC).

<sup>12</sup> Incluso, podría suceder que ambas partes soliciten simultáneamente la resolución, una en forma de acción y la otra de reconvencción. Tal ocurrirá en las situaciones en las que las partes no estén de acuerdo respecto a quién incumplió efectivamente o quién lo hizo primero. Aspecto trascendente pues de él depende la imputación de las consecuencias desfavorables de la resolución. ÁLVAREZ VIGARAY. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 287 y 288.

<sup>13</sup> Según MOSCO, la resolución como manifestación unilateral de la voluntad del sujeto debe calificarse como un derecho subjetivo. MOSCO. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 11.

acuerdo con MONTÉS PENADÉS, la literalidad del precepto no exige – como sucede en otros ordenamientos - que para que la resolución acontezca sea exigible la demanda judicial, pudiendo canalizarse a través de una resolución extrajudicial<sup>14</sup>. En este caso, la resolución podrá acontecer bien como una resolución convencional o bien como una resolución por decisión del acreedor. En este segundo supuesto, más propio de la lógica del contrato de trabajo, el acreedor debe notificar al deudor su decisión de dar por resuelto el contrato<sup>15</sup>. Y en tal caso, la decisión tendrá carácter constitutivo. Aunque, “si la contraparte no se allana ante la decisión del acreedor, se ha de acudir a la vía judicial para que los Tribunales declaren si la resolución era o no procedente, con lo que la sentencia que decretará la resolución será simplemente declarativa y no constitutiva”<sup>16</sup>. Ahora bien si el despido es injustificado, el negocio jurídico consistente en la manifestación de voluntad del empresario dirigida a extinguir el contrato, deberá calificarse como un “negocio ‘infundado’ o ‘improcedente’, en cuanto que la actuación de su causa se ha producido al margen de los concretos móviles asignados a la extinción por el Derecho”; sin que ello afecte a la causa del negocio (función extintiva) que permanece<sup>17</sup>.

#### ***1.1.1.1.2.- Los efectos del despido. Especial referencia a la distinción entre la indemnización de daños y perjuicios y la prestación por equivalente; y su tratamiento procesal en la LEC de 1881 y en la Ley de Tribunales Industriales 1908 y de 1912.***

En cuanto a los efectos, un aspecto trascendente, que subyace en la lógica del art. 1124 CC, es que si no hay conformidad, la resolución es un efecto de la sentencia<sup>18</sup>. Es decir, hay “dos modos de actuar y dos momentos de referencia. En el caso de acuerdo o conformidad, la resolución es efecto de este acuerdo y el momento también es éste. En otro caso, la declaración de resolución, dados los poderes del juez, tiene que ser efecto de la sentencia”<sup>19</sup>. Ahora bien, siguiendo la exposición de ÁLVAREZ VIGARAY, en cuanto al momento en el que se produce el

---

<sup>14</sup> Del mismo modo, PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, op. cit., p. 347 y 359; ÁLVAREZ VIGARAY. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, op. cit., p. 74 y ss; y 323 y ss. (en relación a la discusión en la doctrina comparada vid. p. 277 y ss.).

<sup>15</sup> ÁLVAREZ VIGARAY. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, op. cit., p. 325.

<sup>16</sup> MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124*, op. cit., p. 1196 a 1199. Vid. también, PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, op. cit., nota 49, p. 359; y BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*. Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 52.

<sup>17</sup> MONTOYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, op. cit., p. 100.

<sup>18</sup> MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124*, op. cit., p. 1224: la resolución “no opera *ipso facto*, sino que deriva de la declaración de voluntad de las partes que se traduce en un auténtico negocio dirigido a poner fin a la relación entablada, ya en una sentencia judicial”. Lo cual es lógico, dado que de otro modo, nos encontraríamos propiamente ante una condición resolutoria con efectos extintivos de pleno derecho desde el momento que se verifica. En cambio si se acude a la resolución extrajudicial y la otra parte se conforma, la resolución produce plena eficacia.

<sup>19</sup> MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124*, op. cit., p. 1225 y 1226.

efecto resolutorio varía<sup>20</sup>. Si se acude a la resolución convencional, debe entenderse en el instante que las partes lo acuerden. En cambio, si se produce por decisión unilateral del acreedor, se entiende en el instante que lo notifica al deudor, salvo que se abra la vía judicial. En tal caso, si los Tribunales aceptan la procedencia de la resolución, ésta no acontece con la sentencia sino desde el momento que se lo comunicó el acreedor al deudor.

En relación a los efectos derivados de la resolución propiamente, reiterando el criterio de BETTI, conviene tener presente que “lo que se resuelve no es el negocio jurídico con todos sus efectos, sino la relación contractual, de tal modo, que, entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica”<sup>21</sup>.

Si la resolución se estima improcedente, el despido carece de efectos extintivos, entendiéndose que el contrato de trabajo ha permanecido vigente sin solución de continuidad y, por ende, el empresario incurre en mora. Lo que se traduce en la obligación de abonar los salarios devengados desde la decisión infundada del empresario hasta la fecha de la decisión judicial<sup>22</sup>.

Si la causa alegada justificativa de la resolución es procedente, la parte que resuelve el contrato puede reclamar, a su vez, el resarcimiento de los daños que por dicho motivo sobrevengan, a pesar de que el art. 1586 CC no lo manifieste expresamente<sup>23</sup>. De hecho, la

---

<sup>20</sup> **ÁLVAREZ VIGARAY**. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 335 y ss.

<sup>21</sup> **BETTI**. *Teoría general del negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 433. En términos similares, **MONTÉS PENADÉS**, tras trazar una distinción “entre el acto negocial (el negocio, el contrato) y la relación jurídica nacida del acto”, afirma que “la “resolución por incumplimiento” no afecta al negocio, sino a la relación que nace de él. El contrato, como fuente de la relación, no queda impactado por la resolución”; doctrina que, como recoge el propio autor, corrobora el propio Tribunal Supremo. **MONTÉS PENADÉS**. *Artículo 1124*, *op. cit.*, p. 1186, 1187 y 1246 y ss. En término similares, **ÁLVAREZ VIGARAY**. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 419 y ss.; **PANTALEÓN**. *Resolución por incumplimiento e indemnización*, *op. cit.*, p. 1154 y 1155; y **MOSCO**. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 110, 111, 287 y ss. En el ámbito laboral, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 56 y 57; **SANTORO-PASSARELLI**. *Nociones de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 210 y 211; **ABELLA MESTANZA**. *Despidos especiales por razón de las personas*, *op. cit.*, p. 68 a 70; y **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>22</sup> Lo que claramente excluye que su naturaleza pueda calificarse como indemnizatoria. Reconociendo expresamente la mora del empresario, **GONZÁLEZ VELASCO** y **VIVES USANO**. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, *op. cit.*, p. 758 y 759.

<sup>23</sup> En contra de esta interpretación, **ALBIOL MONTESINOS** sostiene que la regulación del art. 1586 CC es menos rigurosa que la del 1124 CC, por lo que en caso de despido, el empresario sólo tiene reconocido el derecho a resolver el contrato, pero no a percibir una indemnización. Del mismo modo, en caso de resolución del contrato por parte del trabajador por incumplimiento del empresario, aquél no tiene derecho a la indemnización. Interpretación que extiende al régimen previsto para los auxiliares del comerciante (arts. 299, 300 y 301 Ccom). **ALBIOL MONTESINOS**. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, *op. cit.*, p. 9 a 17.

No obstante, podría interpretarse de otro modo. En primer lugar, desde una perspectiva de la lógica del art. 1124 CC descrita, la resolución del contrato sin causa, debe calificarse como un incumplimiento contractual, que justifica la resolución por la contraparte. Por lo tanto, resulta contradictorio afirmar que si el empresario extingue con justa causa el trabajador no debe indemnizar, pero en cambio, si éste extingue sin justa causa sí está sujeto a responsabilidad (**ALBIOL MONTESINOS**, *op. cit.*, p. 12 y 13). Por otra parte, el art. 299 Ccom establece el deber de someterse a lo pactado y, a continuación, advierte que la ruptura del término provoca la aparición de la consiguiente responsabilidad, salvo que medie justa causa (descritas en los arts. 300 y 301). Por lo tanto, la exoneración de responsabilidad no se refiere al contratante incumplidor que da motivos a la contraparte a resolver el contrato, sino



doctrina ha destacado que esa mención resulta innecesaria, pues, si una de las partes extingue caprichosamente el contrato (sin justa causa), el deber de indemnizar el perjuicio provocado es una consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de lo pactado<sup>24</sup>. Aunque, como se sabe, el mero incumplimiento no es por sí sólo motivo de indemnización, por lo que, el perjudicado debe probar la existencia del daño sufrido, así como la cuantía que estima debe valorarse<sup>25</sup>. Así pues, la percepción de la indemnización “queda remitida a la prueba de los perjuicios efectivamente producidos al trabajador litigante y que éste habrá de aportar”<sup>26</sup>.

Dada la parquedad e insuficiencia de la regulación, la determinación del importe de la indemnización queda supeditada al arbitrio judicial. Aunque la doctrina contemporánea, con una clara finalidad de proteger los intereses empresariales, destaca que, a diferencia de los contratos en general, la indemnización “sólo alcanza el importe del salario del plazo que media entre las fechas de su cobro por el obrero”<sup>27</sup>.

Desde una perspectiva de la acción resolutoria, y en particular, en relación a las opciones que describe el art. 1124 CC, la primera – el cumplimiento de la prestación específica – plantea dos situaciones conflictivas: por un lado, si el término ha expirado, difícilmente podrá exigirse el cumplimiento de lo pactado; y, por otro lado, las situaciones en las que el empresario se niega a mantener la vigencia de la relación (esto es, readmitir).

En el primer supuesto, sólo cabe solicitar una indemnización de daños y perjuicios. Y, en el segundo, el criterio general viene definido por el art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881), que recuérdese rezaba lo siguiente: “Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le

---

precisamente al que lo resuelve *ante tempus*, como consecuencia del incumplimiento de aquélla: “los que contravinieren esta cláusula” (esto es, la sujeción al término pactado) “quedarán sujetos a la indemnización de daños y perjuicios, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes” (esto es, justa causa). Además, el enunciado de los artículos que describen las justas causas empiezan exonerando de responsabilidad a la parte que rompe el contrato anticipadamente y no a la que ha incumplido: “serán causas especiales para que los comerciantes puedan despedir a sus dependientes, *no obstante no haber cumplido el plazo del empeño*” – art. 300 [la cursiva es nuestra]; “serán causas para que los dependientes pueden despedirse de sus principales, *aunque no hayan cumplido el plazo de empeño*” – art. 301 [la cursiva es nuestra]. Por consiguiente, en ningún caso, los arts. 299, 300, 301 Ccom exoneran de responsabilidad al contratante incumplidor. En cuanto al art. 1586 CC, debe llegarse a la misma conclusión, pues ante la falta de precisión, debería acudir supletoriamente al art. 1124 CC. Además, el sentido de los preceptos del Ccom corroborarían esta interpretación.

<sup>24</sup> Aunque a este respecto, los trabajadores del servicio doméstico reciben un tratamiento jurídico privilegiado. Concretamente, pactado un término el trabajador puede desistir del contrato en cualquier momento, sin que se derive de su acción responsabilidad alguna. Posibilidad que ya estaba prevista en el proyecto del Código Civil de 1851 para los criados domésticos, y que se justificaba, según GARCÍA GOYENA, por la necesidad de proteger a este colectivo por ser “más desvalidos”. **SOSA MANCHA**. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, op. cit., p. 93. Aunque, si efectivamente este reconocimiento respondía a motivaciones de tipo humanitario y de justicia social, resulta incomprensible que el art. 1584 CC disponga una presunción de veracidad del amo respecto del monto del salario del sirviente y del pago de los salarios devengados, porque paradójicamente privilegia al *amo*.

<sup>25</sup> **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, op. cit., p. 249.

<sup>26</sup> **GARCÍA ABELLÁN**. *La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación*. RDT n° 37 y 38, 1960, p. 5 y 6.

<sup>27</sup> **HOSTENCH**. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 55.

señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios”<sup>28</sup>.

Al respecto, varios puntos a comentar. Primero, que el juez tiene una amplia discrecionalidad para valorar la cuantificación del resarcimiento patrimonial<sup>29</sup>. Segundo, es importante incidir en la distinción existente entre la prestación del *id quod interest* y la indemnización de daños y perjuicios. Extremo que conviene destacar con especial incidencia. Como indica BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS, a pesar de que ambas tienden a restablecer un equilibrio roto, “obedecen a conceptos distintos y tienen tratamiento diferente”. La prestación del *id quod interest*, afirma - citando a PINTÓ I RUIZ -, “hace las veces, sustituye a la obligación *in natura*”, por lo tanto, siempre que exista una prestación convenida y ésta no pueda ejecutarse, “siempre habrá *id quod interest*”. Así pues, continúa, al “*sustituir* o hacer las veces de la prestación infungible, su *existencia* misma ya resulta probada por la existencia misma de la obligación”<sup>30</sup>. En cambio, para que opere la indemnización de daños y perjuicios es preciso que se pruebe la existencia de los mismos.

La prestación por equivalencia, no significa – en ningún caso - que el empresario tenga reconocido un “derecho de opción” ni el débito indemnizatorio implica el nacimiento de una nueva obligación. Más que de opción en favor del deudor, hay que hablar de *transformación* de la obligación en obligación indemnizatoria<sup>31</sup>. En consecuencia, no nace una nueva obligación, sino que lo que opera es un *cambio en el objeto*, *sin que ello implique una modificación de la obligación principal*, dado que los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable<sup>32</sup>.

Pues bien, sobre la base de este sistema resolutorio, en el ámbito de las relaciones de trabajo, el Legislador se apresura a introducir algunos cambios con el fin de agilizar el proceso. Concretamente, el art. 27 de la Ley 19 de mayo 1908<sup>33</sup> de Tribunales Industriales, inspirado en criterios de economía procesal y en el “llamado dogma de la incoercibilidad de las prestaciones

---

<sup>28</sup> En el ámbito civil, el cumplimiento por equivalencia acontece sobre la base de una triple consideración: primera, la vinculación misma de la persona del deudor en este tipo de prestaciones; segunda, en la incoercibilidad de la libertad del deudor; y, tercera, en estos supuestos, el carácter personalísimo excluye la posibilidad de “mandar ejecutar a su costa”, *ex art.* 1098 CC. BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>29</sup> MILLÁN HERNÁNDEZ. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Editorial Montecorvo. Madrid, 1987, p. 818 y ss.

<sup>30</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 50. Un planteamiento similar al descrito aplicado al ámbito laboral en, MOLERO MANGLANO. *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 152 y 153.

<sup>31</sup> *Cfr.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 680.

<sup>32</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 47: “cuando se incumple la obligación y se da lugar al cumplimiento forzoso, sí se opera un *cambio* en la prestación. No surge una obligación nueva, ya que no hay novación objetiva al faltar entre otras cosas el *animus novandi*; tampoco hay una subrogación en el pago. Hay sencillamente *la misma obligación con un objeto distinto*. Los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable (...). Justamente por ello el acreedor puede exigir al deudor el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de su incumplimiento, o de su cumplimiento defectuoso o insuficiente”.

<sup>33</sup> Gaceta 20 de mayo.

de hacer, tan asentado en la legislación procesal liberal”<sup>34</sup>, introduce una norma con una finalidad pragmática, dirigida a facilitar el cumplimiento por equivalencia. Concretamente, “si la sentencia contuviera condena de hacer ó de no hacer, se fijará en ella la importancia de los daños y perjuicios, para en caso de incumplimiento por el condenado, cuando el hecho fuese personalísimo. Si el juez y los jurados declarasen la malicia ó temeridad de alguno de los colitigantes, podrán imponerle una multa del 10 por 100 del interés del asunto, no pudiendo pasar de 500 pesetas”<sup>35</sup>.

El precepto, que contiene un mandato para el juzgador, pretende que, con independencia de la naturaleza de la obligación, la condena siempre sea líquida<sup>36</sup>. De este modo, y en relación a la extinción del contrato injustificada y a la obligación de cumplir el término pactado, implícitamente el Legislador está reconociendo que “la readmisión es integrativa de una obligación de hacer personalísima”. Es decir, se viene a asumir – sin demostrar su certeza - que, “la infungibilidad (o insustituibilidad de la persona obligada al cumplimiento de la prestación) deriva de que la función empresarial ‘no puede ser asumida por otro sujeto, sin que se quiebren las bases sobre las que se sustenta la relación de trabajo’”<sup>37</sup>.

Conviene resaltar que con esta modificación no se excluye legalmente la posibilidad del trabajador de solicitar una indemnización de daños y perjuicios (siempre que los pruebe, claro está). Aunque, sin excesiva dificultad, puede vislumbrarse una tendencia a la confusión de dicho resarcimiento con el *id quod interest*<sup>38</sup>, que se exportará a los sucesivas normas laborales hasta nuestros días.

---

<sup>34</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, op. cit., p. 209.

<sup>35</sup> Un análisis de la gestación de este precepto, en **GONZÁLEZ VELASCO** y **VIVES USANO**. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, op. cit., p. 766 y 767. Autores que estiman que la reacción del legislador de 1908 se debe “al intento de superar la dificultad de probar los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido por el incumplimiento empresarial de la obligación de readmitirle” (p. 766).

<sup>36</sup> Vid. **MONTERO AROCA**. *Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Primera: los tribunales industriales*, op. cit., p. 100; y *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*. Universidad de Valencia, 1976, p. 47.

<sup>37</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 385. Un sector de la doctrina entiende que “la concepción de la obligación de readmitir como un hacer personalísimo adolece de una visión un tanto simple de la estructura productiva”. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *El incidente de no readmisión*, op. cit., p. 135 a 138. En términos similares, **ALONSO OLEA** considera que el carácter personalísimo de la prestación sólo es válido para las pequeñas empresas, en las que la “despersonificación” de las relaciones de trabajo no es muy acusada. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 182 a 187. De hecho, desde el instante que el ordenamiento jurídico admite la continuidad de las relaciones contractuales en los supuestos de cambio de empresario (concretamente, desde 1931), resulta difícil sostener la naturaleza personalísima de la prestación del empresario y, por ende, su incoercibilidad. A medida que aumenta el interés del ordenamiento jurídico por garantizar la readmisión de determinados colectivos esta incoherencia se patentiza con mayor fuerza. De hecho como evidencia **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, si sólo se exige la ejecución en sus propios términos en determinados supuestos muy específicos, puede afirmarse que la “infungibilidad no es una característica intrínseca de la readmisión” y que, por tanto, responde a una determinada opción de política legislativa. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, op. cit., p. 137 y 138. Vid. también **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 159 y ss.; y **HERNÁNDEZ MANRIQUE**. *Ejecución específica de la obligación de readmitir en los casos de declaración de despido nulo*. REDT n° 8, 1981, p. 482 y 483.

<sup>38</sup> Especialmente, si se tiene que cuenta que en la Ley de 1908 no se previene específicamente ninguna fase del proceso en la que el trabajador deba demostrar el perjuicio sufrido. Es posible que esto se deba al hecho de que las probabilidades que una sentencia condene a resarcir daños y perjuicios es relativamente menor, pues exige que la parte que la reclama pruebe su existencia, mientras que la prestación por equivalencia está exenta de toda prueba.

Lo cierto es que la celeridad con que la ley se apresura a monetizar este tipo de obligaciones es sorprendente, y aunque aspire a dinamizar el proceso, denota que el cumplimiento específico de la obligación queda relegado a un segundo plano. Por otra parte, el Legislador al priorizar el resarcimiento monetario sobre la reposición *in natura*, instaura una tendencia a la cuantificación de las relaciones laborales en perjuicio de otros valores que “ceden ante la negativa del empresario a cumplir”<sup>39</sup> y que también se ha exportado hasta nuestros días<sup>40</sup>.

Posteriormente, la reforma de la Ley de Tribunales Industriales en 1912 altera la numeración - ahora, art. 46 - y la dicción del precepto, aunque sólo para especificarlo<sup>41</sup>. Esta mayor precisión pretende clarificar – sin demasiada fortuna - el sentido del mandato dirigido al juez con el siguiente objetivo, a nuestro entender: distinguir claramente entre la prestación por equivalencia y la indemnización por daños y perjuicios. Es probable que la reacción del Legislador estuviera motivada por interpretaciones de los órganos jurisdiccionales confundiendo ambos resarcimientos, en claro perjuicio de la parte “ofendida”<sup>42</sup>.

De todos modos, la solución que ofrecen estos preceptos no resuelve los conflictos que potencialmente puede plantear el cumplimiento de la prestación específica. A pesar de que la sentencia prevea el resarcimiento económico en caso de incumplimiento de la prestación *in natura*, no se especifica cuándo se entenderá que se ha producido un incumplimiento, o bien, si

---

<sup>39</sup> VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 181.

<sup>40</sup> De hecho, según KATZ, no puede hablarse de “estabilidad en sentido propio, cuando el trabajador puede ser despedido sin justa causa, teniendo solamente el derecho a cierta – aunque alta – indemnización por omisión del preaviso y por antigüedad”. KATZ. *La estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 3.

Por otra parte, este planteamiento rebate a los autores que identifican en el Decreto 22 de julio 1928 (*vid. infra*) el reconocimiento de un determinado derecho al *despido* del empresario en los contratos de duración determinada, inspirado en el Derecho alemán (*vid. al respecto*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit.).

<sup>41</sup> Art. 46: “En los casos de los arts. 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre que por virtud de sentencia dictada en estos juicios resultare condena de daños y perjuicios, sea en vía principal, sea subsidiariamente, el Juez, ateniéndose á las declaraciones del veredicto, fijará en la resolución la cantidad líquida de que en su caso deba responder el obligado”. Precepto que se incorporará, sin modificaciones, al art. 478 del Código de Trabajo de 1926.

<sup>42</sup> Podría interpretarse, en cambio, que el juez está obligado a especificar el importe del resarcimiento en caso de incumplimiento de la prestación específica, *sólo si* la sentencia condena *además* al abono de una indemnización de daños y perjuicios. La conjunción copulativa “y” permitiría sostener este criterio. Entonces, en las obligaciones de hacer, salvo que se deba indemnizar por daños y perjuicios, la determinación del importe de la indemnización por su incumplimiento específico debería realizarse en la fase ejecutiva. Sin embargo, esta interpretación no puede mantenerse porque la dicción del precepto difiere sensiblemente. Concretamente, entre los preceptos de la LEC que cita el precepto y la indemnización de daños y perjuicios, no media simplemente una conjunción copulativa (“y”), sino que previamente hay una coma (“,”): “(...) Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre que por virtud (...)”. Por ello, podría interpretarse (a nuestro modo de ver con mejor criterio) que la existencia de un resarcimiento de daños y perjuicios no es una circunstancia que deba concurrir para que el juzgador cumpla con el cometido que le exige la norma, sino que lo que se pretende es precisar la dicción del precepto. La existencia de una coma antes de la conjunción copulativa impide que pueda sostenerse la primera interpretación. Además, la inclusión del adverbio “siempre”, no casa adecuadamente con el sentir de la misma. Si así fuera, no hubiera sido necesario ni la introducción de una coma ni el mencionado adverbio, habiendo bastado enlazar los preceptos de la LEC con la indemnización por daños y perjuicios con la conjunción “y”. Por consiguiente, debe entenderse que el precepto aspira a clarificar el sentido del mandato en él contenido, con la finalidad de que el juez no confunda ambos resarcimientos. Pues, existe el peligro de que el juez identifique el daño derivado del incumplimiento de la prestación específica con la indemnización de daños y perjuicios fijada en la sentencia.

producido éste, cuándo debe entenderse irregular (esta situación acontecerá en los supuestos en los que el empresario pretenda dilatar el proceso, en perjuicio del trabajador). Circunstancias que, de todos modos, debe resolverse en el proceso ejecutivo<sup>43</sup>. Extremo que como se analizará tratará de solventarse posteriormente en 1928.

### ***1.1.1.2.- El régimen resolutorio especial para los ‘empleados domésticos’ y para los ‘auxiliares del comerciante’ (en el Código de Comercio).***

Atendiendo a su especial carácter fiduciario se prevé un régimen resolutorio diferenciado del previsto en el Código Civil para los auxiliares del comerciante y el servicio doméstico<sup>44</sup>. Respecto de los primeros, se restringe la facultad resolutoria del trabajador, dado que, a pesar de tratarse de una “arbitraria inobservancia del contrato”, el Legislador sólo le faculta a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, sin posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación específica (art. 299 Ccom). En cuanto al servicio doméstico, el art. 1584 CC dispone que la extinción del contrato sin causa que lo justifique, sólo concede al trabajador el derecho al percibo de una indemnización del “salario devengado y quince días más” (art. 1584 CC)<sup>45</sup>.

En ambos casos, el trabajador no tiene posibilidad de exigir el cumplimiento del término pactado, quedando su pretensión circunscrita a un resarcimiento patrimonial. Por tanto, la especial relación de fiduciariedad se manifiesta en la imposibilidad del trabajador de reclamar la vuelta a su puesto de trabajo y no en la existencia de un desistimiento<sup>46</sup>. Conviene tener presente que la vinculación de la indemnización a la inexistencia de una causa que justifique la extinción, impide que se pueda hablar de desistimiento propiamente.

---

<sup>43</sup> Conflicto que solventará posteriormente el Decreto 22 de julio 1928 al presumir el incumplimiento si en el transcurso de 48 horas el empresario no cumple la prestación específica (*vid. infra*).

<sup>44</sup> Destacando las repercusiones que la fiduciariedad ejerce en la regulación jurídica de estos colectivos (aunque derivando consecuencias jurídicas que como, se expondrá, no se comparten), *vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo, op. cit., p. 216 y 217.*

<sup>45</sup> Conviene destacar que la expresión no es del todo acertada, dado que el pago del salario devengado no puede calificarse como indemnización sino la justa retribución del trabajo prestado. En cambio, el abono de los quince días trata de compensar los perjuicios derivados de un despido caprichoso (sin causa), por lo que claramente se deriva su naturaleza indemnizatoria. Disposición que ya estaba prevista en el proyecto de Código Civil de 1851. En este sentido, GARCÍA GOYENA considera que el pago de una indemnización de 15 días es la suficiente como para que el trabajador encuentre un nuevo trabajo con otro amo. **GARCÍA GOYENA. Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español.** Madrid, 1850 (edición facsímil de Editorial Base, Barcelona, 1973), p.

<sup>46</sup> En relación al desistimiento *vid infra* al analizar la limitación del período de prueba. En contra, RODRÍGUEZ-PIÑERO, entiende que “la falta o suficiencia de la causa no trae consigo la continuación del cumplimiento del contrato hasta la terminación del tiempo convenido. Esa denuncia sin causa meramente supondrá el quedar sujeto el denunciante a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la parte contractual que la haya recibido. El resultado práctico es, pues, la eficacia de la denuncia, aunque de la misma se derive, por su ilicitud, una responsabilidad indemnizatoria. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo, op. cit., 1980, p. 217.**

Si se atiende a la literalidad de la normativa, la naturaleza jurídica de este resarcimiento varía en cada caso. En cuanto a los empleados domésticos, no parece que pueda hablarse de la existencia de una indemnización por daños y perjuicios, dado que no se debe probar el daño sufrido<sup>47</sup>. Tampoco cabría hablar de la existencia de una responsabilidad objetiva porque, la compensación tiene su origen en la extinción injustificada del contrato, es decir, en el incumplimiento culpable de la contraparte.

Tampoco podría aceptarse la existencia de una obligación con cláusula penal. En efecto, a pesar de que las obligaciones con cláusula penal se caracterizan por el hecho de que la cuantía ya está fijada de antemano y que el actor no tiene que probar el daño sufrido, este tipo de obligaciones no se presumen, sino que requieren una previsión expresa de las partes. Por otra parte, se califican como *acesorias* y están subordinadas a la existencia de otra obligación calificada como principal, a la que *dan garantía*, pues éste es su fin, y, además, tienen una naturaleza sancionadora. La cláusula penal supone una segunda obligación más gravosa, condicionada al incumplimiento de la primera<sup>48</sup>.

Sin embargo, el régimen previsto para los empleados domésticos, se presume aplicable en cualquier caso sin necesidad de pacto. Además, la obligación con cláusula penal no puede admitirse como un mecanismo que “en vez de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, se utilice para dejar incumplida ésta”, y por ello, el acreedor siempre está facultado para exigir la principal. Posibilidad no prevista en las extinciones de los empleados domésticos<sup>49</sup>.

Por todo ello, podría entenderse que la indemnización sólo *pretende* compensar la prestación por equivalencia (aunque exigentemente), excluyéndose legalmente la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios<sup>50</sup>.

Paralelamente, un aspecto sumamente relevante reside en la tasación legal de la indemnización en la extinción del contrato sin causa de un empleado doméstico<sup>51</sup>. A nuestro modo de ver, esta previsión legislativa persigue varios objetivos. En primer lugar, da seguridad a un sector de la sociedad que al estar desvinculada de la vida económica y productiva, no tiene por qué estar habituada a este tipo de conflictos jurídicos. En segundo lugar, agiliza los

---

<sup>47</sup> **ÁLVAREZ DE LA ROSA**. *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>48</sup> **MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ**. *Las obligaciones facultativas en el Derecho español*. ADC 1972, p. 513 y 514.

<sup>49</sup> **MANRESA Y NAVARRO**. *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo VIII. Reus, 5ª Edición. Madrid, 1950, p. 483.

<sup>50</sup> Dentro de la doctrina laboral, puede intuirse este planteamiento en RAMÍREZ MARTÍNEZ, pues sostiene que la “indemnización es sustitutoria de la readmisión en caso de despido improcedente”. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la C.E.E. y en España*. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980, p. 318.

<sup>51</sup> Extremo que, desde una perspectiva histórica, tendrá una repercusión en el régimen extintivo aplicable a los trabajadores por cuenta ajena fundamental.

mecanismos de solución de estas situaciones. Y en tercer lugar, compensa las inconveniencias sufridas por estos trabajadores ante la imposibilidad de reclamar daños y perjuicios<sup>52</sup>.

En cambio, para los auxiliares del comerciante, literalmente se habla de “indemnización de daños y perjuicios”, y por ende, queda sujeta a que con carácter previo se pruebe la efectiva existencia de los mismos<sup>53</sup>.

### ***1.1.2.- El régimen del despido en el Código de Trabajo de 1926.***

En relación con la regulación de la extinción del contrato de trabajo, el CT<sup>26</sup> presenta importantes deficiencias técnicas y de contenido, aunque también introduce algunas novedades<sup>54</sup>. En relación con las primeras, el Legislador, con una precisión jurídica deficiente, afirma que las únicas causas que pueden dar lugar a la extinción del contrato de trabajo antes de su plazo son el “despido” (término que, por cierto, no aparece en el texto) y la cesación voluntaria del trabajador justificada. De esta forma, el Código adolece de los mismos defectos que su precedente civil pues no tiene en cuenta el resto de modalidades extintivas, e identifica una parte con el todo<sup>55</sup>. Omisión que ha sido interpretada por la doctrina como una remisión implícita al régimen extintivo previsto en el Derecho común<sup>56</sup>.

En relación a la capacidad extintiva del trabajador, se mantiene intacto el modelo contractual civil, en virtud del cual, la extinción unilateral del trabajador del contrato por tiempo fijo sin causa desemboca en el pago de una indemnización compensatoria (art. 24 CT<sup>26</sup>).

Por su parte, la regulación del despido adolece de importantes carencias sustantivas. En este extremo, la inspiración liberal del CT<sup>26</sup> es manifiesta, porque conserva intacto el esquema

---

<sup>52</sup> Repárese, finalmente, que la orientación que se adopta a partir de 1908 con la Ley de Tribunales Industriales es hermana de la prevista para el servicio doméstico en el Código Civil.

<sup>53</sup> En relación a esta cuestión HOSTENCH, tras preguntarse, “¿a cuánto puede ascender la cuantía de los daños y perjuicios del art. 299?”, afirma que conoce de la existencia de “demandas presentadas en los tribunales en reclamación de cantidades exorbitantes por el hecho de un despido injusto antes de finalizar el plazo del ajuste, pero la falta de prueba suficiente para llevar al ánimo del juez la convicción de la importancia del daño, en relación con la cuantía de la indemnización solicitada, ha reducido la sentencia al *importe del salario de todo el tiempo que debió respetarse el contrato*” [la cursiva es nuestra]. HOSTENCH. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 90 y 91. Comentario sumamente interesante, en la medida que se observa que ante la ausencia de prueba suficiente, el trabajador mantiene el derecho a la prestación del *id quod interest* (en este caso, el tiempo que resta hasta el agotamiento del término pactado).

<sup>54</sup> En cuanto al análisis pormenorizado y exhaustivo de la regulación de la extinción del contrato de trabajo en los diversos proyectos que precedieron al CT<sup>26</sup>, vid. SOSA MANCHA. *La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924)*, op. cit., p. 340 a 394.

<sup>55</sup> Cuestión curiosa si tenemos en cuenta que con anterioridad al texto definitivo de 1926, algunos de los proyectos previos contenían disposiciones con una técnica jurídica más depurada. Por ejemplo, el Proyecto del Instituto de Reformas Sociales de 1922 se distingue claramente el despido del resto de circunstancias que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo (art. 57). Redacción muy similar, por cierto, a la que adoptará el art. 89 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931.

<sup>56</sup> DE LA VILLA. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, op. cit., p. 80.

de derecho común, manteniéndose los desajustes y desequilibrios que imperaban con anterioridad<sup>57</sup>. Así, para los *obreros* persiste la distinción entre los contratos de duración determinada y los de duración indefinida<sup>58</sup>.

En los contratos de duración indefinida, ante el silencio normativo, se mantiene el desistimiento<sup>59</sup>. Lo que no deja de ser sorprendente dado lo avanzado del siglo<sup>60</sup>. No obstante, dado que – parece ser - el número de contratos de duración indefinida era extraordinariamente escaso, se da a entender que claramente la prioridad del Código es la protección de la *estabilidad contractual* de los contratos de duración determinada<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> En cambio, la reforma legislativa operada en 1926 no fue sincronizada, dado que la promulgación en el mismo año del Decreto Ley de Organización Corporativa Nacional supuso, en opinión de GALLART Y FOLCH, un doble choque “con las concepciones más caras al liberalismo integral: la unidad de fueros y la supresión de todos los privilegios jurisdiccionales”. De hecho, la creación de organismos corporativos tuvo una “significación que es imposible desconocer” dado que “ante la desigualdad económica de los contendientes el Estado tenía que tomar necesariamente, y aunque ello acarree una desigualdad jurídica, la actitud de protector, y esa protección la ejercía creando una justicia muy cercana al mundo del trabajo, en que tuvieran intervención directa los trabajadores, y que fuere en sus actuación, sencilla rápida y eficaz”. GALLART Y FOLCH. *Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo*, *op. cit.*, p. 159, 156 y 160.

<sup>58</sup> Al igual que en la normativa civil, las partes mantienen la libertad para fijar la duración de la relación, pudiendo celebrar un contrato sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para obras o servicio determinado (art. 11 CT'26); aunque se establece una presunción de duración determinada (art. 18 CT'26), dado que aunque no se estipule el tiempo de forma concreta, puede fijarse en un día, un mes o un año, en función a la periodicidad de la remuneración. La medida tenía una finalidad tutelar, dado que al empresario le bastaba con no fijar la duración del contrato para poder despedir sin necesidad de alegar causa. Para evitar estas situaciones, se establece un criterio fundado en un elemento que no puede dejar de consignarse en el contrato, la remuneración. No obstante, como apunta PÉREZ LOBO, el empresario podía desvirtuar esta presunción, basada en la periodicidad del salario, probando que la costumbre del lugar era otra distinta. PÉREZ LOBO. *El contrato de Trabajo*. Editorial Castro. Madrid, 1932, p. 191.

<sup>59</sup> Art. 20: “Celebrado el contrato por tiempo determinado, ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediara justa causa”. Sorprende que no se haga mención alguna al plazo de preaviso que venía exigiendo la jurisprudencia, a pesar de que la Exposición de Motivos proclama que el CT'26 recoge “el esfuerzo realizado por la Sociedad misma en la elaboración de las normas directrices que presiden su desenvolvimiento y que aun no habían recibido consagración legal”. Conviene recordar, que dado que el art. 23 CT'26 mantiene la vigencia de los arts. 300 a 302 CCom, los auxiliares del comerciante mantienen privilegiadamente el derecho al plazo de preaviso o a la indemnización en caso de su incumplimiento. Según BORRAJO DACRUZ, el mantenimiento de esta regulación especial se debe a las presiones de este colectivo para mantener un régimen jurídico más favorable y completo que el aplicable para el resto de trabajadores. BORRAJO DACRUZ. *Los auxiliares del comerciante en derecho español*, *op. cit.*, p. 261. Cuestión que, en cualquier todo caso, no hizo disminuir la problemática relativa a los trabajadores en situaciones transfronterizas, ni mucho menos. Por ejemplo, se desestima la calificación de dependientes de comercio: a los mecánicos de automóvil (STS 6 de abril 1929, núm. 170); al empleado de escritorio de una sociedad (STS 7 de mayo 1929, núm. 17); a los obreros de una fábrica (STS 20 de junio 1929, núm. 158); a un molinero (STS 24 de junio 1924, núm. 172); a los obreros de carpintería (STS 12 de diciembre 1929, núm. 148); al encargado de limpieza de coches (STS 21 de diciembre 1929, núm. 182).

<sup>60</sup> En este sentido, el papel del los Comités Paritarios adquiere gran trascendencia, dado que el silencio normativo es cubierto por estos organismos corporativos a través de la facultad normativa establecida en los arts. 17 y 18 del Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional de 26 de noviembre 1926. La facultad de dictar normas sobre reglamentación del trabajo supone un amplio margen de actuación, sólo limitable si infringen disposiciones legales, ocasionan lesión o quebranto a la industria. Por ejemplo, el Comité paritario de Prensa de Madrid acordó que las empresas debían avisar a los periodistas y éstos a las empresas el cese en el servicio con quince días de anticipación, y además, el abono al periodista, en concepto de indemnización, si no hubo justa causa despido, un mes de sueldo, más quince días por cada año de servicios prestados a la empresa. Estos derechos empezaban a disfrutarse a partir del tercer mes de prestación de servicios en el periódico. Por su parte, los Comités de la Industria Tocinera de Barcelona y de Peluqueros-Barberos de la misma ciudad acordaron otorgar una semana de indemnización o ese mismo tiempo de aviso, con dos horas para buscar trabajo, con obligación de comunicar el aviso al Comité. GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL. *Guía para el funcionamiento de los Comités Paritarios*. Biblioteca Marvá. Madrid, 192- (?), p. 21.

<sup>61</sup> GALLART Y FOLCH afirma que el número de contratos de duración indefinida era limitadísima dado que si los períodos de pago representaban la duración normal del trabajo cuando no se había estipulado, el momento del pago era considerado, aun en los contratos tácitamente reconducidos, como expiración legal del término de su



En relación a estos contratos, la extinción *ante tempus* exige el incumplimiento previo de una de las partes<sup>62</sup>, por lo que se mantiene el sistema de la justa causa<sup>63</sup>. En este sentido, destaca la enumeración de las conductas justificativas del despido que introduce el Código, manifestaciones todas ellas de un incumplimiento contractual<sup>64</sup>. De esta forma se introduce mayor claridad al proceso<sup>65</sup>. De todos modos, el nivel de precisión sigue siendo insuficiente, dado que se omiten situaciones y motivos relevantes que precisan ser regulados jurídicamente.

---

duración. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 81. *Vid.* también al respecto, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, *op. cit.*, p. 29; y **ROLDÁN MARTÍNEZ**. *La contratación "estructural" de duración determinada: su justificación*, *op. cit.*, p. 414.

<sup>62</sup> Por otra parte, el art. 8 CT'26 establece un plazo de prescripción de 3 años: ("las acciones derivadas del contrato de trabajo, que no tengan señalado plazo especial, prescribirán a los tres años de su terminación"). A los efectos de la determinación del momento de terminación del contrato, en los supuestos en los que el obrero presta sus servicios durante bastantes años, la jurisprudencia entiende que el contrato se estima prorrogado, expresa y tácitamente, por las partes – aunque pudieran haberlo dado por terminado –, y queda subsistente el vínculo contractual. Por lo que, a los efectos de la prescripción, "no se entiende terminado sino cuando aquellos servicios dejaron de prestarse" (STS 9 de julio 1928, *cit.* **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, nota 1, p. 256). Por otra parte, la STS 29 de junio 1929 (*cit.* **GARCÍA OVIEDO**, *op. cit.*, nota 1, p. 256), establece que "la terminación del contrato de trabajo, a los efectos de la prescripción de acciones derivadas del mismo, se determina, por el momento en que cesa la prestación de servicios" y "el tiempo para la prescripción de acciones derivadas de contrato tiene que empezar a contarse desde la terminación efectos de los servicios, si han sido prestados continuamente y en las mismas condiciones. Aunque se haya convenido una remuneración por días, semanas o meses, no se entiende terminado el contrato diario, semanal o mensual para el efecto de la prescripción, sino que el plazo se debe contar desde la terminación efectiva de los servicios".

Sin embargo, la jurisprudencia trata de atenuar alguno de los efectos derivados de la aplicación del art. 8 CT'26, con el fin de favorecer los intereses empresariales (especialmente en las reclamaciones de las horas extraordinarias). Concretamente, el TS entiende que cualquier modificación de las condiciones del contrato, deben calificarse como una novación extintiva, por lo que el plazo de prescripción empieza a contar a partir de la terminación de cada una de ellas (SSTS 23 de junio y 10 de agosto 1928, *cit.* **HINOJOSA FERRER**. *El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, *op. cit.*, p. 253). Posteriormente, la Orden 27 de noviembre 1930, recogiendo el criterio jurisprudencial, establece que el plazo de prescripción establecido en el art. 8 CT'26, empieza a contar a partir de la fecha en que termine el contrato, salvo que por ley se establezca un plazo especial. Se considera terminado el contrato: a) el día en que expire el tiempo de su duración expresamente convenido; b) el día en que haya de considerarse como término de su duración según lo dispuesto en el art. 18 CT'26; c) el día que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita del contrato. Finalmente, como excepción, cuando el obrero hubiese percibido el salario correspondiente a la jornada máxima legal de ocho horas, solamente tendrá derecho a reclamar en concepto de remuneración por horas extraordinarias de trabajo lo devengado y no satisfecho durante los tres años anteriores al ejercicio de su acción. **HINOJOSA FERRER**, *op. cit.*, p. 253 y 254; y **ZARANDIENTA**. *Las Leyes Sociales interpretadas por el Tribunal Supremo*. Editorial Reus. Madrid, 1934, p. 80. Este criterio jurisprudencial permanecerá durante el periodo republicano (*vid. infra*).

<sup>63</sup> Excepcionalmente – recuérdese - la Ley del Contrato de Aprendizaje 17 de julio 1911 establece en el art. 25 la posibilidad de pactar un periodo de prueba.

<sup>64</sup> Conviene tener presente que previamente el art. 27 Ley de Aprendizaje 1911 contiene (con escasa sistematicidad) una regulación de las causas que dan lugar a la extinción indemnizada del contrato: "falta continua o repetida a las condiciones estipuladas de una de las partes contratantes; abusos o dureza del patrono o maestro en el trato que dé al aprendiz; incapacidad de éste, ya provenga por falta de salud o de condiciones; deseo manifiesto del aprendiz de dejar el oficio; traslado de industria a otra población; trasladar su residencia a otra localidad la familia del aprendiz; y matrimonio del aprendiz".

<sup>65</sup> Causas que, salvo pequeñas matizaciones, son similares a las establecidas en el Código de Comercio. Así, el art. 21 CT'26 establece: "Se estimarán justas causas a favor del patrono para poder dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento, las siguientes: 1.ª La falta repetida a las condiciones propias del contrato; 2.ª La falta de confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero; 3.ª Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración por parte del obrero al patrono, su familia, a su representante y a los compañeros de trabajo." Por su parte, el art. 22 CT'26 establece como causas a favor del obrero para dar por terminado el contrato antes del plazo del vencimiento, las siguientes: "1.ª La falta de pago de la remuneración en el plazo y la forma convenidos; 2.ª La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones estipuladas en beneficio del obrero; 3.ª Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración debidas al mismo por parte del patrono, de su familia, de sus representantes, de sus obreros o dependientes". Circunstancias que ya venían reconocidas en el Proyecto Dávila de 1906 (arts. 25 y 26) y en los sucesivos proyectos.

Precisadas las causas, el Código se remite al Derecho común en bloque<sup>66</sup>. Por lo tanto, la extinción del contrato sin un fundamento jurídico suficiente, debe ser calificada como un incumplimiento contractual, por lo que el trabajador puede acudir a las vías que le brinda el art. 1124 CC<sup>67</sup>.

Aunque, si el trabajador opta por exigir el cumplimiento del término, el CT<sup>26</sup>, al igual que sus precedentes, presuponiendo las dificultades implícitas en el cumplimiento de la prestación *in natura*, exige al juzgador que precise en la sentencia la cantidad líquida que deba responder el obligado en caso de incumplimiento<sup>68</sup>.

En caso de resolución, la indemnización de los perjuicios sufridos por la ruptura anticipada e injustificada del contrato de trabajo mantiene el esquema civil. Es decir, el mero incumplimiento no es motivo de indemnización y, en consecuencia, el trabajador sufre la carga de la prueba: debe demostrar el perjuicio, así como la cuantía por la que estima debe valorarse<sup>69</sup>. Lo que supone un obstáculo procesal para la satisfacción de sus intereses.

La determinación del importe queda sometida al arbitrio del juzgador<sup>70</sup>. En aras a mitigar los efectos de la discrecionalidad judicial, la doctrina contemporánea propone que para la valoración del resarcimiento económico se tengan en cuenta los siguientes aspectos: tiempo de duración del contrato, funciones realizadas por el perjudicado, así como la importancia social o industrial, y las dificultades que tenga necesidad de vencer para colocarse de nuevo en un cargo o empleo equivalente<sup>71</sup>.

Además, en ambos supuestos y conforme a la lógica civil, el trabajador tiene derecho al cobro de los salarios dejados de percibir durante el proceso, porque el empresario incurre en mora. No obstante, parece que la jurisprudencia y la doctrina contemporánea no aceptan la colocación en mora del empresario, pues, se considera que el trabajador despedido está en condiciones de trabajar para otra persona y, por tanto, si el empresario debiera abonarle el resto se produciría un enriquecimiento injusto. Posteriormente, como se analizará, el Decreto 22 de

---

<sup>66</sup> Esta omisión normativa desemboca en la extinción de los contratos de trabajo cuando se produce una alteración de su régimen jurídico, como por ejemplo, si un nuevo patrono se hace cargo de la industria donde el obrero trabaja (STS de 15 diciembre 1930, núm. 115).

<sup>67</sup> El Anteproyecto de Ley del Instituto de Reformas Sociales de 1922 destaca (art. 62) que en el supuesto de incumplimiento de una de las partes, se estará, en primer término, a lo expresamente convenido y no constando nada pactado, la parte que no hubiese causado el incumplimiento podrá optar entre dar por terminado el contrato o exigir el cumplimiento, con indemnización en uno y otro caso de los perjuicios que se ocasionen.

<sup>68</sup> Art. 478 CT<sup>26</sup>: “En los casos de los arts. 924 y 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siempre que por virtud de sentencia dictada en estos juicios resultare condena de daños y perjuicios, sea en vía principal, sea subsidiariamente, el Juez, ateniéndose á las declaraciones del veredicto, fijará en la resolución la cantidad líquida de que en su caso deba responder el obligado”. Precepto idéntico al previsto en el art. 46 de la Ley de Tribunales Industriales de 1912 (*vid. supra*).

<sup>69</sup> STS 15 de octubre 1929 (núm. 162).

<sup>70</sup> El art. 456 CT<sup>26</sup>, referido al contenido de la demanda, sólo exige que se haga una “enumeración clara y concreta de los hechos sobre que verse la prestación” (p. 3<sup>o</sup>); y concrete “la cantidad que se considere exigible” (p. 4<sup>o</sup>).

<sup>71</sup> **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, *op. cit.*, p. 250.

julio 1928 rectificará esta doctrina jurisprudencial, declarando la obligatoriedad del pago de los salarios de tramitación.

En síntesis, el marco normativo descrito por el CT'26 ilustra el escaso talante reformista del Legislador de 1926, corroborando que la ideología liberal del *laissez-faire* está bastante lejos de ser superada, pues los trabajadores siguen estando sometidos a la provisionalidad perpetua del vínculo. Al permanecer intacto este bloque normativo, el resto de elementos que son objeto de reforma, si bien suponen un avance nada desdeñable si se atiende al momento histórico y, sobre todo, al silencio normativo previo, se limitan a desarrollar cuestiones que en esencia no contradicen los postulados liberales fundamentales.

### ***1.1.3.- El régimen del despido y los Comités Paritarios.***

La reforma operada por el Decreto 22 de julio 1928 tiene un alcance muy destacable en la conformación del principio de estabilidad en el empleo y una relevancia capital en la configuración legal del despido tal y como hoy se recoge en nuestro ordenamiento jurídico.

Sintéticamente, el régimen jurídico instaurado por el Decreto de 1928 es el siguiente. Se establece la obligación del patrono de readmitir al trabajador en un plazo de 48 horas, si no es capaz de acreditar la existencia de una causa que justifique el despido, o salvo que el trabajador hubiera encontrado una nueva colocación. En cualquier caso, el empresario está obligado al pago de los salarios de los días que hubiese mediado entre el despido y la readmisión o, en su caso, la nueva colocación<sup>72</sup>. Para el caso de que el empresario no cumpla con la obligación de readmitir, deberá pagar una indemnización de perjuicios entre 15 días y tres meses de salario, fijada por el Comité Paritario “por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación”<sup>73</sup>. Además, el Decreto 22 de julio 1928 altera el plazo de prescripción general de tres años para reclamar contra el despido (art. 8 CT'26), previéndose un plazo de 48 horas para interponer la demanda (art. 17.3º). Plazo que a pesar de su extraordinaria reducción debe seguir calificándose de prescripción.

De lo apuntado, tres son los aspectos a destacar de la regulación del despido prevista en el Decreto de 1928 y que repercuten intensamente en la configuración de la estabilidad en el empleo: primero, la obligación de readmisión del trabajador en el caso de despido injustificado; segundo, la posibilidad de sustituir esta obligación por una indemnización tasada; y tercero, la responsabilidad por mora del empresario. Veamos a continuación cada uno de estos aspectos.

---

<sup>72</sup> Art. 17.6 DLOCN.

<sup>73</sup> Art. 17.7 DLOCN.

### **1.1.3.1.- El despido injustificado y la readmisión.**

Como se ha analizado con anterioridad, la reforma de la organización corporativa de 1928 obliga al empresario a readmitir al trabajador en caso de despido injustificado. El alcance de esta medida legal, en la conformación del principio de estabilidad en el empleo ya ha sido analizado con anterioridad, por lo que nos remitimos a lo expuesto (para evitar reiteraciones innecesarias).

Sin embargo, conviene incidir sobre un aspecto de absoluta trascendencia. En efecto, la propia norma prevé, manteniendo la lógica de la Ley de Tribunales Industriales de 1908, la posibilidad de soslayar esta obligación de un modo ciertamente sencillo. La reforma de la Ley de Organización Corporativa Nacional sigue la senda de sus precedentes, y opta por establecer mecanismos de resolución de conflictos ágiles y sencillos. Como se ha visto, el cumplimiento de la obligación específica puede quedar transformado por el cumplimiento por equivalencia, dejando transcurrir un plazo de 48 horas.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, lo que acontece es un cambio, *ex lege*, en el objeto de la obligación, sin que ello implique el nacimiento de una obligación nueva. Por este motivo, el trabajador no tiene reconocido una acción inmediata a la readmisión puesto que por imperativo de la Ley, la obligación *in natura* se convierte en la prestación del *id quod interest*. En esencia, el Decreto 22 de julio 1928 no quiebra el modelo jurídico precedente, sino que se limita a *pulir algunos de sus flecos*. En definitiva, la norma mantiene la lógica resolutoria, centrándose los cambios en la esfera procesal y, más concretamente, en la fase de ejecución.

Así pues, todo parece indicar que el principio de *economía procesal* provoca, de nuevo, un *replanteamiento* en el modo el alcanzar el *fin perseguido* por la norma sustantiva, pues, el empresario puede no cumplir la prestación específica siempre que cumpla por equivalencia. En efecto, en vez de ser una cuestión sometida a un mandato imperativo del Legislador, el centro de decisión se traslada a una de las partes implicadas, en este caso, el empresario. Sujeto que, en última instancia, va a tener la última palabra sobre el destino del trabajador afectado. Por consiguiente, a pesar de lo que proclama el derecho sustantivo, en la práctica las normas procesales acaban modificando la *forma* cómo el Legislador había planteado, en un principio, la necesidad de dar cumplimiento al término acordado ante la resolución injustificada del contrato. A nuestro modo de ver, esta modificación no puede interpretarse, *per se*, como un atentado al principio de conservación del negocio jurídico, que provoque su completa desaparición. Principalmente, porque, desde un punto de vista formal, se trata de una respuesta estrictamente procesal que no afecta a la lógica sustantiva resolutoria y, además, porque sostener esta afirmación sería negar la virtualidad persuasiva que tiene la imposición de una sanción económica sobre los agentes.

Por otra parte, es claro que el contenido de la reforma de 1928 es una evolución de lo previsto en las Leyes de Tribunales Industriales de 1908 y 1912. Circunstancia especialmente relevante, pues, a nuestro entender, desvirtúa la tesis de un sector de la doctrina que defiende la influencia germánica en la regulación del régimen jurídico del despido<sup>74</sup>.

En cualquier caso, es fácil advertir que, con la reforma de 1928 se consolida una determinada concepción de la mecánica de protección del empleo, que se reputará de extraordinario éxito, como evidencia la evolución posterior de la legislación laboral española.

### ***1.1.3.2.- La indemnización como prestación por equivalente y el control de la discrecionalidad del juzgador.***

#### ***1.1.3.2.1.- Naturaleza jurídica de la indemnización por despido sin justa causa.***

Declarado el despido injustificado, el Decreto de 1928 pretende compeler al empresario al efectivo cumplimiento de las prestaciones acordadas, esto es, la sujeción al término pactado (mediante la readmisión). Conviene tener presente que el empresario no tiene reconocido *formalmente* un poder de elección o de opción que le permita ejecutar alternativamente la readmisión o la indemnización. El Legislador al establecer que “el patrono deberá readmitir” (art. 17.6 DLOCN’26) y “si hallándose obligado el patrono a readmitir” (art. 17.7 DLOCN’26) está manifestando claramente que su opción primaria es la readmisión, configurándose, por lo tanto, como la obligación principal y única<sup>75</sup>.

La lógica que – entendemos – subyace en el conjunto de estas reglas es la siguiente. La readmisión es una obligación de hacer, y se acepta la imposibilidad jurídica y material de coaccionar la voluntad del deudor para que ejecute la prestación debida. Si bien es cierto que jurídicamente se reconoce la posibilidad de cumplir por un tercero “a costa del deudor” (art. 1098 CC), en ocasiones, esto no es posible dado el carácter personalísimo de la prestación<sup>76</sup>. Así, se entiende que si se dan determinadas circunstancias, el cumplimiento *in natura* de la prestación pactada puede resultar sumamente dificultoso y plagado de obstáculos. Por ello, en la medida que no existe otro medio de ejecución de la prestación debida, *ya no se exige el*

---

<sup>74</sup> Vid. al respecto, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 37 y 38; y **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*. ACARL. Madrid, 1994, p. 85 a 87.

<sup>75</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 64. Por lo tanto, no puede aceptarse que la “obligación de indemnizar sea una condena de la sentencia” y, por ende, que traiga “su origen en dicho título jurídico”. De tal modo que “la obligación de indemnizar existía antes, lo que ocurre es que no tenía virtualidad”.

<sup>76</sup> Cfr. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 680.

*cumplimiento en su forma específica sino por equivalencia (id quod interest)*<sup>77</sup>. Es decir, el Legislador parte de la premisa de que la readmisión es fundamentalmente una obligación de hacer de carácter personalísimo, por lo que su cumplimiento puede “exigir grandes costas y sacrificios y tiempo”<sup>78</sup>. Al margen de la discusión relativa a la coercibilidad o no de la prestación del empleador<sup>79</sup>, lo cierto es que, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO, se sigue sin exigir el cumplimiento forzoso por “razones de política legislativa”<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Solución que se adapta sin problemas a la lógica de la resolución por incumplimiento, pues como ha señalado la doctrina “la naturaleza propia de la resolución por incumplimiento es la de una medida preventiva, no represiva. Se trata de prevenir un injusto temible, consistente en que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora, de modo que la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin correspondiente. Se considera la inalcanzabilidad práctica, no la imposibilidad material de la prestación, pero ambos supuestos son equivalentes para quien se sitúe, como ha hecho la Ley, en un punto de vista práctico; porque si desde la perspectiva teórica puede perseguirse una prestación que no haya devenido imposible, *in aeternum*, prácticamente tal persecución viene a poner el patrimonio de la parte que ha cumplido en posición de crónica e incurable inferioridad, cuando no de perjuicio definitivo, frente al patrimonio de la parte incumplidora”. MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124, op. cit.*, p. 1188. Por otro lado, si una de las notas del contrato es la fiduciaria se puede explicar que el legislador, tratando de proteger “equilibradamente” los intereses de las partes implicadas, abriera una puerta para que el empresario pudiera prescindir del trabajador, pues al romperse la relación de confianza, “ningún poder humano es bastante para hacer renacer aquél espíritu de mutua comprensión”. ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 185.

<sup>78</sup> MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124, op. cit.*, p. 1183. Por otro lado, si una de las notas del contrato es la fiduciaria se puede explicar que el legislador, tratando de proteger “equilibradamente” los intereses de las partes implicadas, abriera una puerta para que el empresario pudiera prescindir del trabajador, pues al romperse la relación de confianza, “ningún poder humano es bastante para hacer renacer aquél espíritu de mutua comprensión”. ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 185.

<sup>79</sup> La cuestión, en último término, está en determinar si las prestaciones son jurídicamente coercibles. Un sector de la doctrina parte de la base de que en las obligaciones de hacer la ejecución forzosa es imposible. CAVAZOS FLORES. *La estabilidad en las relaciones laborales*. RDT n° 51, 1962, p. 33 (*vid. también* p. 36 a 38). Otro sector sostiene que la posibilidad de ejecución forzada no puede negarse, dado que la prestación principal del empresario se reduce a un débito económico que puede ser ejecutado forzosamente (DAVISO y BUCCISANO, *cit.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 33 y 34). En cambio, también puede sostenerse que el empresario no sólo está obligado a una obligación pecuniaria sino también a un *facere*, esto es, “integrar al trabajador en la empresa”, por lo que no es susceptible de ejecución específica. Sin embargo, en opinión de ALONSO OLEA, no puede hablarse propiamente de imposibilidad de cumplimiento dado que son varios los mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar el cumplimiento efectivo de la prestación (sanciones administrativas e incluso penales); aunque lo cierto, apunta, es que en estos casos, la ejecución es “difícil o muy difícil”, por lo que por razones de economía procesal debe acudir a la ejecución por equivalencia. ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 182 a 187. De hecho, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ sostiene que “no puede afirmarse la inexistencia de medios aptos de coacción en la realización de conductas personales. Los mecanismos existen en una amplia y variada gama de posibilidades, sólo que, en atención a un interés oculto hasta ahora, lo que no ha existido es la voluntad de ponerlos a disposición del cumplimiento de las obligaciones laborales”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *El incidente de no readmisión, op. cit.*, p. 142. En la actualidad, como apunta SUÁREZ GONZÁLEZ, el hecho de que el TRET admita la readmisión obligatoria de determinados trabajadores (art. 56.4) desvirtúa cualquier argumento que trate de calificar el cumplimiento de la obligación de readmitir como una obligación de hacer y, como tal, incoercible. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores, op. cit.*, p. 161.

<sup>80</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928, op. cit.*, p. 66; en términos similares, MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA. *Forma y procedimientos del despido disciplinario, op. cit.*, p. 382; y GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria, op. cit.*, p. 50 a 55. FERNÁNDEZ LÓPEZ apunta que, sin pretender resucitar la naturaleza personalista de la relación de trabajo, “en círculos reducidos de actividad, los conflictos surgidos no alcanzan el nivel de abstracción deseable en todos los casos, sino que se interiorizan por los sujetos afectados, y en estas condiciones, restaurar la convivencia puede no ser deseable, no ya para quien unilateralmente la interrumpió, sino también para la propia víctima de dicha actuación ilegítima”. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido, op. cit.*, p. 208.

La regulación jurídica que introduce el Decreto de 1928 responde a esta lógica descrita<sup>81</sup>. De hecho, el art. 17.7º DLOCN<sup>26</sup> afirma que el concepto por el cual se debe la indemnización es “por el tiempo en que pueda tardar en hallar una nueva colocación”. Precisión que cobra pleno sentido si se considera que el resarcimiento patrimonial es la prestación del *id quod interest*.

La razón de este tratamiento legislativo está en la necesidad de dar respuesta al principio de economía procesal, aunque para ello sea preciso renunciar al efectivo cumplimiento de la finalidad originaria de la norma - la readmisión. La idea es que se imponga una solución pragmática al conflicto, de modo que el trabajador obtenga una compensación en el menor tiempo posible. De todos modos, como se ha apuntado, esta reacción no es novedosa en el ordenamiento jurídico español. Motivo por el que parece razonable entender que el sistema que subyace en la normativa procesal precedente se exporte a los órganos corporativos. Especialmente, si se tiene en cuenta que operan simultáneamente con el resto de órganos jurisdiccionales.

En cuanto al mecanismo de funcionamiento de la transformación de la prestación específica por la equivalente, el Decreto introduce nuevamente una solución extraordinariamente pragmática. En el modelo anterior, aunque la sentencia incorporara el importe del cumplimiento por equivalencia, previniendo el incumplimiento de la específica, ello no evitaba que el litigio continuara en la fase ejecutiva, en aras a averiguar si efectivamente se había producido un incumplimiento de la prestación *in natura*, o bien si se había efectuado de forma irregular. El Decreto solventa este problema tajantemente: basta que el empresario adopte una actitud meramente pasiva, dejando transcurrir el plazo de 48 horas, para que opere la transformación<sup>82</sup>. Conviene señalar que no hay, propiamente, una “inejecución” de la

---

<sup>81</sup> De hecho, como afirma BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS, “el cumplimiento del *id quod interest* es la consecuencia jurídica más clara del incumplimiento de las obligaciones, es decir, cuando se llega a la fase del cumplimiento forzoso por equivalencia o, lo que es lo mismo, por resarcimiento de daños y perjuicios en la situación límite en la que no se puede recurrir al cumplimiento *in natura*, o a expensas del deudor, sino directamente sobre *su patrimonio* recurriendo al resarcimiento de daños y perjuicios. Este supuesto cae de lleno dentro del incumplimiento de las obligaciones y la consecuencia jurídica es el cumplimiento forzoso. En efecto, cuando la prestación no es ejecutada a su vencimiento, no existe pago, no hay cumplimiento; estamos, pues, ante una situación de falta de cumplimiento que se convertirá técnicamente en incumplimiento, en el caso de que tal situación objetiva sea debida a culpabilidad del deudor”. BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 48.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, citando a PUIG BRUTAU, admite que la indemnización es la imposición del cumplimiento de la prestación principal, mediante el “equivalente económico de la prestación debida”, por eso, dice, “podía afirmarse que la indemnización no es sino una forma diversa de manifestarse de la obligación única del empleador, la readmisión”. En otro pasaje, admite que “la indemnización (...) 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*)”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 66 y 73. Por su parte, ALONSO OLEA también parece admitir la tesis de la prestación por equivalencia. ALONSO OLEA. *El Despido*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>82</sup> Mecanismo coherente con la lógica que rige el Decreto, dado que si el trabajador puede perder la indemnización si se vuelve a recolocar (*vid. infra*) es preciso dotar al proceso judicial de gran celeridad. No cabe duda que la existencia de trámites procesales excesivamente dilatados va en claro perjuicio de los trabajadores. El trabajador, a medida que pasa el tiempo, disminuye su capacidad de resistencia, aumentando la necesidad de encontrar un nuevo

prestación específica, dado que probablemente motivaría la mora del empresario (que no es el caso). Al igual que en el régimen previsto en la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y que se ha recogido en las reformas posteriores, lo que opera es un cambio en el objeto de la obligación, sin que ello implique una modificación de la obligación principal<sup>83</sup>.

La distinción, apuntada anteriormente, entre la prestación del *id quod interest* y la indemnización de daños y perjuicios, permite dar luz sobre la idea que se ha expuesto<sup>84</sup>. Como se sabe, según el texto resultante de la reforma de 1928, el trabajador tiene derecho al resarcimiento patrimonial sin necesidad de probar la existencia de daños y perjuicios, circunstancia que en técnica jurídica es lógica si se acepta que el resarcimiento patrimonial “hace las veces” de la prestación *in natura*. Por lo que, en ningún caso, puede aceptarse que la indemnización sea una “obligación accesoria de origen legal en cierto modo de garantía y subrogante de la principal”, ni tampoco la idea de “obligación principal con subsidiaria penal”<sup>85</sup>; sino que la indemnización es el *equivalente* de la readmisión - *hace las veces* (sustituye) -, y que trae su causa, no se olvide, en el incumplimiento contractual del empresario<sup>86</sup>.

Por otro parte, si se profundiza en el análisis del resarcimiento patrimonial aparecen nuevos argumentos que corroboran esta interpretación. En primer lugar, si la indemnización

---

empleo. Si la norma presume el incumplimiento del empresario con el mero transcurso de las 48 horas se reducen fases del proceso, consiguiendo que el trabajador perciba la indemnización y evitándose la adopción de tácticas dilatorias por parte del empresario.

<sup>83</sup> *Vid supra*. Por su parte RODRÍGUEZ-PIÑERO trata de explicar el mecanismo de funcionamiento de la condena mediante la existencia de una opción que se asemeja a la *obligación con facultad de sustitución*, dado que el deudor tiene un *ius variandi* que le permite sustituir la prestación debida por otra sin el consentimiento de la otra parte. No obstante, es consciente de que la prestación del empresario deudor difiere del supuesto típico de obligación facultativa por diversos motivos. En primer lugar, porque en una obligación facultativa la sustitución de la obligación principal por la subsidiaria se produce por el cumplimiento de la segunda, y en este caso, el cambio acontece por el incumplimiento de la primera. En segundo lugar, porque el deudor en vez de tener el *derecho* de liberarse mediante la prestación subordinada, está obligado legalmente. Finalmente, porque la sustitución de una obligación subsidiaria es un acto lícito del deudor mientras que la prestación del empresario depende del incumplimiento previo de la obligación principal. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 58 a 60. *Vid.* también, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. *Las obligaciones facultativas en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 509 y ss.

<sup>84</sup> *Vid supra*.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 65 y 66. Aunque luego admita (p. 73) que la indemnización no tiene un carácter indemnizatorio sino “más bien de sustitución de la prestación debida por un equivalente económico (*id quod interest*)”. Tampoco parece que pueda calificarse como una obligación con cláusula penal (p. 65, 73 y 74). De acuerdo con lo apuntado con ocasión de la indemnización de los empleados domésticos debe negarse que concurra una obligación con cláusula penal, porque: este tipo de obligaciones requieren una previsión expresa de las partes; se califican como *accesorias*, están subordinadas a la existencia de otra obligación calificada como principal, a la que *dan garantía*, pues éste es su fin; tienen una naturaleza sancionadora; y, además, el acreedor siempre está facultado para exigir la principal (*Vid.* al respecto *supra*). GARCÍA ABELLÁN a pesar de negar de que la indemnización pueda calificarse como una cláusula penal, dada la naturaleza convencional de la misma, sostiene que “tales criterios iluminan (...) la posible explicación de las indemnizaciones, en los términos que la legislación las articula, refiriéndolas a supuestos o tendencias penales”. GARCÍA ABELLÁN. *La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación*, *op. cit.*, 1960, p. 22. En contra de la calificación de la indemnización por despido improcedente como una cláusula penal, *vid.* GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, *op. cit.*, p. 776, 777, 780 y 781.

<sup>86</sup> En la actualidad, VALDÉS DAL-RÉ parece sostener este criterio, cuando afirma que la compensación económica (que califica de “daños y perjuicios”) *sustituye* a la readmisión. VALDÉS DAL-RÉ. *Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos*, *op. cit.*, p. 23.



resarciera los daños y perjuicios, la promulgación del Decreto hubiera provocado una alteración sustancial en el sistema compensatorio, dado que el resarcimiento patrimonial tendría su fundamento en el *incumplimiento mismo* y no en el *daño injusto derivado del incumplimiento*. Si el trabajador tuviera derecho a la indemnización sin necesidad de probar los daños efectivamente sufridos, el mero incumplimiento sería fuente de la obligación de prestar la indemnización de daños contractuales; produciéndose un daño *in re ipsa* por el mero incumplimiento. Sistema que, si bien es legislativamente posible, casa difícilmente con la lógica liberal que impera en este período histórico.

En segundo lugar, el Decreto establece un conjunto de parámetros que debe tener en cuenta el Presidente del Comité a la hora de concretar el importe de la prestación equivalente<sup>87</sup>. Lo cual resulta lógico, siempre que se parta de la idea de que el trabajador no reclama una indemnización de daños y perjuicios, por lo que no recae sobre él la carga de la prueba. El peligro de la discrecionalidad del juez, entonces, irrumpe con fuerza (especialmente, si se duda de su imparcialidad<sup>88</sup>), dado que debe valorar un resarcimiento patrimonial, sin que las partes, durante el proceso, estén obligadas a aportar evidencias al respecto<sup>89</sup>.

En tercer lugar, el análisis de los parámetros objetivos de valoración fijados en la norma también ofrece nuevos argumentos en favor de la calificación de la indemnización como prestación del *id quod interest*. El Decreto no se limita a requerir al juez que tenga en cuenta el perjuicio derivado del incumplimiento del contrato, sino que le “invita” a que tenga en consideración otros aspectos vinculados con las expectativas contractuales depositadas por el trabajador al pactar un término y frustradas por la no readmisión. Por este motivo, la norma

---

<sup>87</sup> Concretamente el art. 17.7, 2º DLOCN dice, “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”. En cambio, a pesar de que la causalidad de la extinción de los contratos por tiempo fijo se proclama con carácter bilateral, el Decreto no establece ningún tipo de criterio que tutele el cálculo de la indemnización que debe pagar el trabajador.

<sup>88</sup> El art. 11 DLOCN establece que “el Presidente y el Vicepresidente deberán ser necesariamente ajenos a la profesión y los designará el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, a propuesta, en terna, del Gobernador civil de la provincia”. Criterio que se mantiene en el Decreto Ley 18 de junio 1927 (Gaceta 21 de junio), que modifica el DLOCN, aunque ya no los propone el Gobernador civil (art. 13). En el TRDLOCN’29 de 1929, los Presidentes y Vicepresidentes son “libremente” elegidos por el Ministerio de Trabajo y Previsión (art. 12).

<sup>89</sup> Por contra, si bien se trata de reprimir la discrecionalidad de los Comités Paritarios, no se hace lo propio con los juzgadores de la jurisdicción civil y de los Tribunales Industriales ante los cuales se plantean problemas similares. Tratamiento jurídico que, por otra parte, corrobora la hipótesis, ya apuntada, que sostiene que la acción normativa de 1928 va dirigida fundamentalmente a monitorizar la acción jurisdiccional de los órganos corporativos, dada la imposibilidad de erradicar el “partidismo” de sus miembros. Por ello, lejos de aspirar a una mayor seguridad jurídica, parece que lo que se persigue es garantizar una cierta imparcialidad, en aras a la salvaguarda de la paz social. HOSTENCH, reflexionado respecto de la trascendencia de la reforma de 1928, se pregunta “¿qué influencia puede ejercer en el Poder público la protesta patronal contra tales innovaciones ya puestas en todo su vigor? Es más que la propia ley, el organismo encargado de aplicarla la que ofrece los temores patronales, o acaso la Magistratura de Trabajo?”. HOSTENCH. *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 137.

advierte al Presidente del Comité para que tenga en cuenta el tiempo que pueda tardar en hallar una nueva colocación, esto es, el lucro cesante, al no cumplirse el término pactado<sup>90</sup>.

Finalmente, un aspecto muy importante a considerar es que el Decreto omite la posibilidad de que el trabajador reclame una indemnización de daños y perjuicios junto con la prestación del *id quod interest* (como ocurre con el régimen jurídico de los empleados domésticos *ex CC*). Como se sabe, en el Derecho común la obligación de cumplir la prestación por equivalente no excluye la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios – siempre y cuando se pruebe su existencia. Sin embargo, parece que el trabajador tiene vedada esta posibilidad ante los órganos corporativos, aunque como se ha expuesto, nada parece impedir que no pueda hacerlo ante los Tribunales Industriales o la jurisdicción civil<sup>91</sup>. Es posible que el propósito de articular un sistema jurisdiccional ágil y sencillo impulsara al Legislador a omitir aquellos aspectos que consideraba más problemáticos desde un punto de vista procesal. No cabe duda que la necesidad de probar la existencia del daño y su cuantificación implica un trámite procesal no exento de dificultades y, sin duda, dilatador del proceso. Sin embargo, esta solución redundaría en perjuicio del trabajador dado que quedan sustancialmente limitadas sus pretensiones. Además, este planteamiento ha inducido a un sector de la doctrina y a la jurisprudencia posteriores a la identificación del *id quod interest* con la indemnización por daños y perjuicios.

En suma, puede afirmarse que la indemnización por despido regulada en el Decreto 22 de julio 1928 es la prestación por equivalencia, derivada del incumplimiento de la prestación *in natura*<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> A efectos prácticos, la ponderación adecuada de estos criterios podía plantear algunos problemas dado que las partes no tenían la obligación de manifestar estos extremos en la demanda, por lo que el juzgador debía tratar de indagarlos por su cuenta. Incluso, el TRDLOCN°29 tampoco exige forma alguna a la demanda. Finalmente, la Orden 5 de octubre 1929 precisó los requisitos de la demanda, estableciendo que no se daría curso a aquella que no los cumpliera. Concretamente los requisitos eran: nombre, apellido y domicilio del demandante; designación del órgano paritario ante quien se acude; contrato de trabajo escrito o verbal que tuviese convenido con el demandado, remuneración percibida y tiempo y forma de pago; tiempo que el actor llevase trabajando por cuenta del demandado; causas determinantes del despido a juicio del demandante y las alegadas por el patrono, y súplica procedente.

<sup>91</sup> En efecto, la reforma de 1928 no impide que el trabajador pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil. Piénsese que la ruptura injustificada del contrato por parte del trabajador sólo dará lugar al pago de una indemnización, si el empresario alega dichos perjuicios y pruebe que con ello se le han ocasionado daños y perjuicios (art. 17.10 DLOCN°26). En tal caso, el Comité se limita a declarar la existencia o no de las causas correspondiendo a los Tribunales Ordinarios la fijación de las responsabilidades correspondientes: “el presidente pasará lo actuado a los Tribunales para que éstos en cada caso determinen y sancionen las responsabilidades contraídas” (art. 17.10 DLOCN°26). Además, la jurisprudencia durante la II República también admite esta posibilidad al trabajador.

<sup>92</sup> BAYÓN CHACÓN entiende que el resarcimiento derivado del despido sin causa es una “indemnización por expropiación”, aunque no esté expresamente formulado. Construcción que, pese a admitir que no concurre el presupuesto previo de la propiedad, justifica acudiendo a un argumento psicológico-social: “el trabajador despedido sin causa experimenta, sobre todo si es un trabajador antiguo, una sensación de arrancamiento, de privación injusta de algo que le pertenece, de privación de un bien propio, que excede de los términos de una simple rescisión de contrato de trabajo”. BAYÓN CHACÓN. *La indemnización expropiatoria en el despido sin causa*. RT n° 1, 1961, p. 66.

### **1.1.3.2.2.- La limitación del importe de la indemnización.**

La tasación del importe de la indemnización es un mandato dirigido al Presidente del Comité Paritario y una ilustración plausible del intento del Legislador de controlar la acción de este órgano jurisdiccional paritario, a pesar de que el método para su designación pretenda garantizar su imparcialidad. No obstante, es probable que la participación activa de trabajadores y empresarios en el enjuiciamiento de las causas de despido hicieran saltar las alarmas en las filas de ambos sectores, arguyendo la imposibilidad de garantizar la imparcialidad. A partir de estos elementos, podría explicarse el motivo por el cual la fijación normativa del importe máximo y mínimo sobre el que debe oscilar el resarcimiento sea sólo exigible en los procedimientos resueltos por los Comités Paritarios y no en el resto.

Por otra parte, como se ha visto, la determinación del importe del resarcimiento patrimonial es la proyección de la naturaleza jurídica del resarcimiento patrimonial por equivalencia. El Decreto, al establecer un conjunto de criterios objetivos que “guían” al Presidente en la determinación de su cuantía, está fijando unas pautas de valoración que permiten evaluar – y, por ende, compensar - la pérdida del empleo (tiempo de trabajo en la empresa) y de renta (hasta que el trabajador se pueda colocar en el sector)<sup>93</sup>. Desde el instante que se tienen en cuenta los perjuicios por el tiempo que el trabajador pueda tardar en hallar una nueva colocación, “se pone de manifiesto que más que resarcir el daño efectivo ocasionado por la pérdida de empleo, se trata de subvertir al lucro cesante de la falta de remuneración”<sup>94</sup>. En definitiva, la indemnización no se circunscribe al resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por la finalización de la relación laboral, sino que, en la medida que la indemnización “hace las veces” de la readmisión, y ésta pretende garantizar el cumplimiento del término acordado, lo lógico es que aspire a integrar las rentas que hubiera recibido el trabajador si hubiera continuado trabajando.

Las ventajas reconocidas al empresario no se restringen a la limitación del resarcimiento patrimonial y a la imposibilidad de que se le reclame una indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el trabajador si se ha colocado nuevamente no tiene derecho ni a la readmisión ni a la indemnización (art. 17 párrafos 6º y 7º). Desde un punto de vista de la dogmática jurídica, la justificación de esta regla es controvertida, pues, no puede identificarse la “recolocación” con “imposibilidad de cumplimiento”. En efecto, no concurre ningún hecho obstativo que lo impida objetivamente, pues, dictado el fallo se podría dar al trabajador la oportunidad de elegir

---

<sup>93</sup> Sobre la base de estos parámetros legales de valoración, según PÉREZ BOTIJA, es posible entender que la indemnización por despido trata de compensar a modo de premio la permanencia del trabajador en la empresa. PÉREZ BOTIJA. *Naturaleza Jurídica del Derecho del Trabajo*. IEP. Madrid, 1943, p. 97.

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928, op. cit.*, p. 74.

entre el anterior y el nuevo empleo<sup>95</sup>. Entonces, si no concurre imposibilidad objetiva alguna, debe averiguarse si existe alguna fundamentación jurídica que justifique la exoneración de responsabilidad del empresario en caso de recolocación.

A nuestro modo de ver, caben dos posibles interpretaciones (no excluyentes): primero, entender que se trata de una solución normativa derivada de una determinada política legislativa (claramente *pro empresarial*). Y, segundo, entender que la aceptación de un nuevo empleo debe calificarse como un desistimiento de la demanda. Cuando el Legislador impide que el trabajador cobre la indemnización, implícitamente está presumiendo que el trabajador entre la relación anterior y la nueva ha optado por esta última. En definitiva, se entiende que, con la recolocación decae el interés de la parte que ha activado el proceso judicial<sup>96</sup>. La supeditación del resarcimiento patrimonial a la no recolocación cobra *sentido jurídico* si se acepta que no es más que la prestación por equivalencia. Si la recolocación se interpreta como que el trabajador ya no tiene interés en ser readmitido, es lógico pensar que también debe perder la posibilidad de reclamar el resarcimiento patrimonial (recuérdese que “hace las veces” de la readmisión)<sup>97</sup>.

De todos modos, esto no obsta a que el trabajador tenga derecho al percibo de los salarios de tramitación, dado que, conforme a las reglas que rigen el funcionamiento de la mora, el empresario debe responder en cualquier caso, incluso si la obligación sobreviene objetivamente imposible<sup>98</sup>.

De todos modos, lo cierto es que esta fundamentación conduce a soluciones perversas. Especialmente, porque implícitamente el modelo genera en el empresario un fuerte incentivo a la litigación (despreciando la conciliación procesal previa), pues si la solución del conflicto se alarga, tiene más probabilidades de que el trabajador acabe colocándose de nuevo.

---

<sup>95</sup> Incluso si se aceptara que el resarcimiento patrimonial responde a una indemnización de daños y perjuicios, su percepción no es incompatible con la recolocación del trabajador dado que, en aras a la correcta valoración del daño sufrido, debería tenerse en cuenta si el trabajador ha hallado o no un nuevo empleo. Mecanismo que no cambiaría si se acudiera a la teoría del enriquecimiento injusto, pues, debería valorarse la cuantía del efectivo enriquecimiento (*vid. nota supra*).

<sup>96</sup> Lo que resulta hasta cierto punto paradójico, pues, desde un punto de vista jurisdiccional, la arbitrariedad empresarial deja de ser un hecho relevante, y lo que quizás es más grave, la intervención de los órganos corporativos ha devenido superflua.

<sup>97</sup> En términos similares, aunque comentando la LCT<sup>31</sup>, SANTAMARÍA ANSA, sostiene que el obrero “ni en la demanda ni en el juicio ni en la ejecución de fallo, no puede nunca manifestar su oposición al reingreso y su deseo de obtener simplemente una indemnización pues ello representaría una renuncia de derecho que autorizaría al patrono a allanarse a la readmisión y mediante la renuncia del obrero a ella, pedir la simple absolución de la demanda”. SANTAMARÍA ANSA. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 152 y 153.

<sup>98</sup> *Cfr.* BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 81; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 70.

### 1.1.3.3.- La responsabilidad por mora del empresario.

El reconocimiento legal de los salarios de tramitación implica la superación de la doctrina jurisprudencial reacia a declarar la mora del empleador, por entender implícito un enriquecimiento injusto del trabajador. Modificación que, sin lugar a dudas, supone un extraordinario avance en la protección de los intereses de los trabajadores y también los del Estado. Pues, al encarecer notablemente la litigación, se erige en un poderoso incentivo para la solución de los conflictos con rapidez, acudiendo a mecanismos extrajudiciales.

No cabe duda que, si el trabajador no puede prestar sus servicios por cualquier circunstancia *imputable* al empleador, éste debe abonar los salarios devengados durante este período de tiempo<sup>99</sup>. Sin embargo, más allá de la innovación que supone este reconocimiento legislativo, el mérito del Decreto de 1928 radica en que, con una notable economía de lenguaje y una gran precisión técnico-jurídica, “se contiene las líneas maestras de la regulación de esta institución a lo largo de su devenir evolutivo”<sup>100</sup>. En cuanto a su naturaleza jurídica de los salarios de tramitación, se puede afirmar que se trata, sin duda, de un débito *salarial*.

El importe que debe satisfacerse son los salarios que hubiera percibido el trabajador, desde que el empresario decide extinguir el contrato hasta el momento que la sentencia declara o la ausencia de causa o la insuficiencia de la misma. Por consiguiente, la obligación de abonarlos se origina tanto en los supuestos en los que el trabajador haya sido readmitido, como en aquellos en los que no sea posible porque el empresario simplemente no quiera o, incluso, cuando el trabajador haya encontrado una nueva colocación.

En cuanto al cómputo inicial del importe de tales salarios, se entiende como *dies a quo* (lógicamente) el del día de la decisión extintiva, y no el de la demanda. Respecto de la fijación del *dies ad quem*, es variable y adaptada a las diversas situaciones que se pueden dar: hasta el día de la readmisión; o bien, si la readmisión no es posible, porque el trabajador ha hallado un nuevo trabajo, no desaparece el deber de pagarlos, sino que se faculta al empresario para que descuenta lo que ha obtenido el trabajador durante el intervalo entre el despido y la nueva colocación; o bien, hasta las 48 horas siguientes al de la firmeza de la sentencia si el empleador decide no readmitirlo<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> El reconocimiento de la mora del empresario implica que la decisión de despedir lejos de suponer un incumplimiento contractual ha sido un retraso cualificado en el cumplimiento de una prestación que sigue siendo posible. En consecuencia, si hablamos de retraso en el cumplimiento es porque *no se ha extinguido* la relación en el momento del despido sin causa. Recuérdese que según la tesis de RODRÍGUEZ-PINERO, la validez originaria del despido, asemeja esta institución al desistimiento, y lógicamente aquél por derivación de éste, extingue el contrato. Por lo tanto, es incompatible a la institución de la mora la teoría de la validez originaria del despido.

<sup>100</sup> LAVADO MOLINA. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*, op. cit., p. 90.

<sup>101</sup> Aunque quizás habría que incluir otro supuesto para la determinación del *dies ad quem*, dado que los salarios de tramitación, en un contrato de duración determinada no podrían extenderse más allá del término pactado. Si el cálculo de su importe se extendiera hasta la fecha de la resolución judicial se estaría desvirtuando nuevamente su naturaleza dado que ligáramos su cuantía a la duración del procedimiento. Tesis que en la actualidad sigue la

El descuento de los salarios de tramitación para el caso de que el trabajador halle una nueva colocación no significa una limitación de su importe. En esencia, el *dies ad quem* tiene una duración ilimitada, porque es una consecuencia directa de la mora del empleador. Los salarios de tramitación quedan ligados, consustancialmente, a la situación de despido. Si el trabajador está nuevamente colocado, el descuento no es sinónimo de tasación, sino que el mismo trae su raíz de la voluntad de evitar un enriquecimiento injusto<sup>102</sup>. Y lo cierto es que, más allá de este supuesto, cualquier intento que trate de acotar su importe desvirtúa por completo su naturaleza. Si se acepta que los salarios de tramitación constituyen en esencia un débito salarial, consecuencia de la mora del empresario que incumple culpablemente, no existe ninguna relación que vincule su cuantía a la duración del procedimiento. Atendiendo a la naturaleza de los mismos, su cuantía debería quedar al margen del tiempo que tarde en tramitarse el procedimiento.

La cuestión, obviamente, no es baladí, pues, los salarios de tramitación implican un considerable coste económico para el empleador. Sin embargo, con la finalidad de liberarlo de dicho gravamen con posterioridad a 1928 se introducen una serie de reformas dirigidas a limitar su cuantía. Modificaciones que llevará a un sector de la doctrina a defender la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación, apartándose claramente de la raíz de esta institución jurídica. El primer límite normativo viene definido en el art. 70 TRDLOCN<sup>29</sup>, que establece los trámites previos indispensables para el recurso<sup>103</sup>. Posteriormente, la Orden 25 de noviembre 1930<sup>104</sup> limita, esta vez de forma directa, a 22 días el número máximo de salarios de tramitación que pueden devengarse, porque es el tiempo que, se entiende, puede emplearse en tramitar la reclamación<sup>105</sup>.

En consecuencia, la regulación posterior al Decreto de 1928 introduce un conjunto de modificaciones que, contradiciendo la naturaleza jurídica de esta obligación empresarial, vinculan su devengo a la duración del procedimiento, y además no se extiende a los posibles recursos que se pudieran plantear. Sea como fuere, a efectos prácticos, la tasación legal del importe máximo de los salarios de tramitación, directa o indirectamente, no sólo conlleva una comprensión errónea de esta institución, sino que además atenúa extraordinariamente una de las conquistas más importantes alcanzadas por la clase obrera hasta la fecha. Redundando

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 19 septiembre 2000, Ar. 641). En sentido contrario, **LAVADO MOLINA**. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>102</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, nota 155, p. 70.

<sup>103</sup> Concretamente, dispone la necesidad de constituir el depósito los jornales correspondientes a los días que hubiesen transcurrido entre el despido y el segundo día siguiente a la notificación del fallo, o en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiese colocado, más el importe a que ascienda la indemnización que se haya fijado para el caso de la no readmisión. En el caso de que se confirme la resolución, el empresario no está obligado a satisfacer otros jornales que los consignados (art. 70.2º TRDLOCN<sup>29</sup>).

<sup>104</sup> Gaceta 4 de diciembre.

<sup>105</sup> Límite que, posteriormente, será ampliado a 24 días a través del art. 52 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931.

negativamente en los intereses del trabajador a la conservación del negocio jurídico, disminuyéndose paralelamente los incentivos para que el empresario trate de alcanzar soluciones extrajudiciales.

#### **1.1.4.- El despido en la II República.**

Una de las novedades más importantes de la acción legislativa republicana, sin voluntad de reproducir lo expuesto con anterioridad al respecto, a los efectos de la estabilidad en el empleo, es la expansión del sistema de extinción causal de los contratos de duración determinada a los indefinidos. En paralelo, otras novedades se refieren a la posibilidad de resolver por excesiva onerosidad<sup>106</sup>, a la enumeración de los supuestos que provocan la extinción del contrato de trabajo y a la declaración de responsabilidad objetiva del empresario ante determinados supuestos de ineficacia sobrevenida inimputable del contrato.

Por lo demás, y específicamente en lo referente al despido, el modelo resolutorio republicano participa de los mismos elementos conceptuales que sus precedentes, sin que puedan identificarse cambios sustanciales.

Desde un punto de vista dogmático, conforme al sistema liberal, la resolución del contrato se manifiesta principalmente como una pérdida de confianza en el trabajador (concepción tradicional del despido).

Al igual que la regulación anterior, el término *justa causa* no viene definido por la ley, sino que el Legislador enumera los supuestos que justifican la extinción del contrato. Inspirado en el art. 58 del Anteproyecto de Ley del Contrato de Trabajo, redactado conforme a los criterios del Instituto de Reformas Sociales de 1922<sup>107</sup>, la LCT<sup>31</sup> establece en el art. 89 las

---

<sup>106</sup> Tal y como se ha analizado, la posibilidad de extinguir el contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias inicialmente pactadas implica una ruptura de la lógica del Derecho común, y en especial, de la regla *pacta sunt servanda*. Si bien es cierto que desde una visión estrictamente individual, o jurídico-privada, la excesiva onerosidad provoca una alteración en la imputación de los riesgos del contrato, haciendo prevalecer los intereses del empresario sobre los de la contraparte; desde una perspectiva jurídico-pública, el planteamiento de la excesiva onerosidad como causa justificativa de la extinción del contrato de trabajo puede interpretarse desde otras coordenadas. En síntesis, es una medida que permite la salvaguarda de la continuidad de la actividad productiva y, por lo tanto, de la continuidad del resto de contratos de trabajo que permanecen vinculados a la empresa.

<sup>107</sup> Art. 58: “El contrato de trabajo terminará forzosamente por virtud de cualquiera de las siguientes causas: 1º. Las consignadas en el contrato; 2º. Mutuo acuerdo en las partes; 3º. Muerte o incapacidad del patrono o extinción de la personalidad contratante, si no hay representante legal que continúe la industria o el trabajo; 4º. Muerte del obrero, en el contrato individual; 5º. Pérdida de la personalidad jurídica, en los casos regulados por las leyes; 6º. Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general cualquier otro acontecimiento no común y desacostumbrado que los contratantes no hayan podido prever, o que, previsto, no se haya podido evitar; 7º. Despedida justificada por parte del patrono. Se estimarán como justas causas de despedida las siguientes: las faltas injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo del obrero o dependiente; indisciplina o desobediencia de éste a los reglamentos de trabajo, cuando los hubiere y estén dictados con arreglo a los artículos 35 a 41; falta grave al respeto y consideración o malos tratamientos respecto al patrono o su representante o a sus compañeros de trabajo; fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas al obrero o al dependiente; disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo, y, en la industria mercantil, hacer alguna negociación de comercio

diversas circunstancias que pueden dar lugar a la extinción. En concreto, se distingue claramente entre aquéllas que dan lugar al despido del trabajador (art. 89.6º LCT<sup>31</sup>)<sup>108</sup>, esto es, extinción motivada por incumplimiento, del resto<sup>109</sup>. Sin embargo, no se hace mención alguna a los efectos jurídicos que se derivan de cada una de estas circunstancias extintivas. Por ello, el número 6º del art. 89 LCT<sup>31</sup> debe entenderse completado por lo establecido en el art. 46 LJM<sup>31</sup>, que dispone que “el despido de un obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes de su voluntad”<sup>110</sup>.

En términos generales, el esquema es el siguiente: se distingue claramente entre la extinción del contrato derivada de un incumplimiento del trabajador (despido), es decir, por causas imputables al mismo, de la extinción derivada de causas que no le son imputables (art. 46 LJM<sup>31</sup>). El primer supuesto es de ejecución inmediata, mientras que en el segundo es mediata dado que el empresario debe respetar un período de preaviso<sup>111</sup>. Ahora bien, si el

---

por cuenta propia, sin consentimiento expreso y licencia del principal; 8º. Por voluntad del obrero. Se estimarán justas causas para que el obrero pueda dar por terminado el contrato las siguientes: Falta grave al respeto y consideración debidos al obrero, o malos tratamientos por parte del patrono, sus representantes o sus obreros o dependientes; falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; exigirle el patrono trabajos distintos del pactado; modificación del reglamento establecido para el trabajo al celebrarse el contrato o incumplimiento del mismo.”

<sup>108</sup> El art. 89.6 LCT<sup>31</sup> establece como únicas causas de despido aquellas en las que el trabajador ha faltado a sus obligaciones, esto es: “Despido justificado del trabajador por el patrono: Se estimarán causas justas de despido las siguientes: las faltas repetidas e injustificadas a la puntualidad o de asistencia al trabajo; la indisciplina o desobediencia a los reglamentos de trabajo, cuando los hubiere y estuvieren dictados con arreglo a las leyes; los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración al patrono, a los miembros de su familia que vivan con él, a su representante o a los compañeros de trabajo; la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado; el fraude o abuso de confianza en las gestiones, confiadas; la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal de trabajo y el hacer alguna negociación de comercio o de industria por cuenta propia sin conocimiento expreso y licencia del patrono”.

<sup>109</sup> El resto de casos que pueden dar lugar a la extinción del contrato son: 1º. Las consignadas válidamente en el contrato; 2º. Mutuo acuerdo entre las partes; 3º. Muerte o incapacidad del patrono, o extinción de la personalidad del contratante, si no hay representante legal que continúe la industria o el trabajo; 4º. Muerte del trabajador; 5º. Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra tumultos o sediciones, y, en general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar; y 7º. Por voluntad del trabajador. Se estimarán causas justas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato las siguientes: Falta grave al respeto y consideración debidas o malos tratamientos por parte del patrono, de sus representantes; falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración convenida; exigirle el patrono trabajo distinto del pactado, salvo en los casos de urgencia prescritos en esta ley; modificación del Reglamento establecido para el trabajo, al celebrarse el contrato, o incumplimiento del mismo.” Contenido reformado parcialmente por la Ley de 1941. Concretamente, en el supuesto que la extinción del contrato por voluntad del trabajador motivada por la conducta del empresario (art. 89.7 LCT<sup>31</sup>) se introducen dos novedades. En primer lugar, se incluye una cláusula genérica de cierre: “cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el Magistrado del Trabajo estime reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador”. En segundo lugar, en los supuestos del art. 89.7 LCT<sup>31</sup> reformado, el Magistrado, atendiendo a las circunstancias del caso, puede acordar el abono de una indemnización cuya determinación queda a su “prudente arbitrio”, sin que pueda superar el importe del sueldo o el jornal de un año. Al respecto, *vid. PÉREZ BOTIJA. Algunas consideraciones sobre la regulación del despido en el derecho español y en el derecho comparado. La nueva regulación del art. 89 de la Ley del contrato de trabajo. RT, diciembre 1941, nº 26.*

<sup>110</sup> Posteriormente, art. 54 del Decreto 29 de agosto 1935, Texto Refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos (TRLJM<sup>35</sup>).

<sup>111</sup> “Esta distinción en dos grupos, de las causas justas de despido tiene una gran importancia, porque cuando existe *causa imputable a la voluntad del trabajador*, el patrono puede rescindir el contrato sin esperar a que llegue a su término de expiración si es por tiempo fijo, y sin observar el plazo de preaviso si es de duración indeterminada o indefinida y sin que tenga, ni en uno ni en otro caso, derecho el obrero a indemnización por despido; y en cambio si se trata de *causas justas, pero no imputables al obrero*, éste tendrá derecho a exigir el importe de los salarios correspondientes al



contrato se extingue sin indicar motivo alguno o alegándose por el patrono una causa que no resulta justificada, viene obligado a readmitir al trabajador o a cumplir por equivalente, abonando la indemnización establecida en el art. 53 LJM<sup>31</sup><sup>112</sup>.

En cuanto a las causas que legitiman la resolución del contrato, debe distinguirse entre las que justifican el despido (incumplimiento culpable del trabajador), de las que permiten la extinción por motivos ajenos a su conducta (imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad). Con carácter previo al análisis de las causas por despido - y siguiendo el planteamiento de SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>113</sup> - conviene hacer una puntualización desde un punto de vista técnico-jurídico. A diferencia del CT<sup>26</sup>, el art. 89 LCT<sup>31</sup> distingue claramente el despido del resto de causas que también motivan la disolución de la relación. Es decir, con una gran precisión técnico-jurídica se proclama que el despido no constituye la única circunstancia que puede motivar la extinción del contrato (como antaño), sino que es una modalidad más. No obstante, la remisión al art. 46 LJM<sup>31</sup>, motivada por la redacción parcial del art. 89.6 LCT<sup>31</sup>, ensombrece esta claridad expositiva. En efecto, el art. 46 LJM<sup>31</sup> no sólo contiene una imprecisión conceptual, sino que, además, está redactado en términos reiterativos. Concretamente, cuando se dispone que el “despido está justificado por causas imputables al mismo”, se está afirmando lo obvio, dado que como ya se ha indicado, “al despido es indispensable siempre una causa imputable al trabajador”<sup>114</sup>. Por lo tanto, la precisión resulta innecesaria (aunque conceptualmente no es incorrecta).

Por otro lado, probablemente derivado de lo anterior, el precepto incurre en una nueva imprecisión terminológica, denotando, en esta ocasión sí, una confusión conceptual. Según el art. 46 LJM<sup>31</sup>, “el despido de un obrero podrá estar justificado (...) por motivos independientes de su voluntad”. Sin embargo, no es posible calificar como *despido* la extinción del contrato *por motivos independientes a la voluntad del trabajador*, porque (aun con riesgo de ser excesivamente reiterativo), para que haya despido es imprescindible un incumplimiento imputable del trabajador.

Por ello, el art. 46 LJM<sup>31</sup> debería referirse a la *extinción o resolución indemnizada del contrato a consecuencia de determinadas circunstancias*, pero nunca como *despido*<sup>115</sup>. Paralelamente, la redacción del precepto, impulsó a un sector de la doctrina contemporánea a proclamar que el despido puede ser *justo* o *injusto*, en función de si interviene una causa imputable al trabajador o no<sup>116</sup>. Afirmación en la que subyace la idea de que es *despido justo* aquél que esté motivado por un

---

término de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de trabajo del Jurado Mixto correspondiente”. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 83.

<sup>112</sup> Art. 53 LJM<sup>31</sup>: “La indemnización que habrá de abonarse al obrero por los perjuicios que el despido le ocasione hasta hallar nueva colocación, podrá variar entre el importe de 15 días y seis meses de jornal”.

<sup>113</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*, op. cit.

<sup>114</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*, op. cit., p. 126.

<sup>115</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Concepto técnico-jurídico del despido*, op. cit., p. 126.

<sup>116</sup> GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 82.

incumplimiento del trabajador, *ex art.* 89.6 LCT'31; y, en cambio, es *despido injusto* el que resulta como consecuencia de las causas inimputables, *ex art.* 46 LJM'31. Construcción que no puede aceptarse, dado que para que exista propiamente despido “es indispensable siempre una causa imputable al trabajador”<sup>117</sup>.

#### 1.1.4.1.- Las causas justificativas del despido.

En cuanto a las causas vinculadas al incumplimiento previo del trabajador, el art. 89.6 LCT'31 se limita a establecer un listado de circunstancias, sobre el que la doctrina ha discutido – largamente - si esa enumeración tiene carácter de *numerus clausus* o *apertus*<sup>118</sup>. El listado recoge la línea trazada por el CCom primero y el CT'26 después, de modo que frente a circunstancias de nuevo cuño relativamente precisas, se contienen otras formuladas genéricamente. Así, parece difícil tratar de sostener el carácter limitado del listado cuando la norma es rica en matices<sup>119</sup>. Además, las partes tienen la facultad de establecer en el contrato las causas extintivas que estimen oportunas (siempre que no se entiendan abusivas), *ex art.* 89.1 LCT'31; facultad que, a su vez, ostentan los Jurados Mixtos (art. 19.1 LJM'31), así como los pactos colectivos, siempre que los respectivos organismos corporativos no hubieran estipulado nada, o

---

<sup>117</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 71. Sin embargo, la jurisprudencia sostiene este criterio erróneo. La STS 17 de febrero 1942 afirma que “el *despido* de un obrero puede afectar a distintos aspectos o situaciones: por causa justificada imputable al mismo; por motivos independientes de su voluntad y por causa injustificada”.

<sup>118</sup> GALLART Y FOLCH entiende que la ley contiene las causas justas imputables al trabajador en una lista cerrada, “en la cual no pueden hacerse inclusiones basadas en criterios de similitud o analogía”. GALLART Y FOLCH. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 83. Sin embargo, la RMT 20 de marzo 1934 (BMTPS, n° 49, p. 164), sostiene que la enumeración del art. 89.6 LCT'31 no es limitativa sino “simplemente aclarativa”. En cambio, con posterioridad, la RMT 9 de febrero 1935 (BMTPS, n° 59, p. 674) declara que sólo quedan justificados los despidos cuando concurre alguna de las causas que *taxativamente* contiene el art. 89.6 LCT'31. En contra, HINOJOSA FERRER. *La extinción del contrato de trabajo y el derecho relativo al despido*, *op. cit.*, p. 167. Criterio al que se adhiere con posterioridad ALONSO OLEA. ALONSO OLEA. *El Despido*, *op. cit.*, p. 123 y ss. En la misma obra puede consultarse un listado de los autores que defienden cada una de estas posturas; también en SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 82 y 83. Una postura “conciliadora” entre ambas tesis en, CARRO IGELMO. *El despido justo*, *op. cit.*, p. 52 y ss; y *Características de las justas causas de despido*. RT n° 23, 1957, p. 69. No obstante, sobre esta cuestión se ciñe nuevamente la discusión relativa a la naturaleza sancionadora o resolutoria del despido, dado que quienes defienden la primera de las opciones, inspirados por los principios sancionadores del derecho penal, y especialmente en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, exigen que las conductas *punibles* estén tipificadas y de forma específica. En cambio, los partidarios del carácter resolutorio del despido, sostienen una concepción más abierta de las justas causas, dado que lo relevante es cualquier conducta que signifique un incumplimiento del contrato. En este trabajo, como ya se ha podido comprobar, se sostiene el carácter enunciativo del listado de causas. En la actualidad la discusión sigue estando abierta.

<sup>119</sup> Por ejemplo, queda en la penumbra la determinación de un criterio de valoración que permita graduar la gravedad de las conductas de los trabajadores. La cuestión es importante dado que es preciso definir dónde acaba el poder disciplinario del empresario y dónde empieza las conductas incumplidoras del trabajador. Las Resoluciones del Ministerio aplican un criterio de proporcionalidad entre la conducta del trabajador y la resolución del contrato, exigiendo una relativa gravedad, manifestada bien por la intensidad de la inadecuación de la conducta (RRMT 3 de diciembre 1932 [BMTPS, 1933, n° 31, p. 101]; 2 de diciembre 1933 [BMTPS, 1934, n° 43, p. 191]; 30 de junio 1933 [BMTPS, n° 37, p. 939]; 13 de marzo 1934 [BMTPS, n° 47, p. 603]; 19 de marzo 1934 [BMTPS, n° 48, p. 59]); o bien en función de la reiteración (RRMT 11 de octubre 1932 [BMTPS, 1933, n° 32, p. 281]; 18 de enero 1933 [BMTPS, n° 31, p. 108]; 8 de noviembre 1932 [BMTPS, 1933, n° 33, p. 447]; 29 de noviembre 1933 [BMTPS, 1934, n° 44, p.353]).

habiéndolo hecho, existiera alguna laguna o se decidiera mejorar el contenido del mismo (art. 12. p. 3º LCT'31)<sup>120</sup>.

En cuanto al contenido sustantivo de las causas que justifican el despido, un sector de la doctrina entiende que la Ley no sólo se refiere a las conductas que suponen un incumplimiento de la prestación principal, sino que también quedan comprendidas prestaciones accesorias, aunque circunscritas “a la relación de confianza o en el buen orden en la empresa”<sup>121</sup>. Sin embargo, puede sostenerse que dada la naturaleza del contrato de trabajo, las calificadas prestaciones “accesorias” no son tal, sino que se integran dentro de la obligación principal. En efecto, por la naturaleza misma del contrato, puede entenderse que “nace a cargo de la parte escogida ‘intuitu personae’ una obligación genérica principal de abstenerse de toda conducta que pueda menoscabar la confianza en ella depositada”<sup>122</sup>. Sintéticamente, al igual que en el CT'26, la fiduciariadad como principio rector del contrato exige al trabajador un deber genérico de buena conducta<sup>123</sup>.

Por otro lado, a pesar de que el listado de causas es más exhaustivo que el contenido en el CT'26, se puede afirmar que las enumeradas en el art. 89.6 LCT'31 son subsumibles en los supuestos definidos en el art. 21 CT'26<sup>124</sup>.

En cualquier caso, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, si bien es cierto que los motivos que justifican el despido no se reducen a los enumerados en la Ley y que existe una estrecha relación con su descripción en el CT'26, es claro que su especificación normativa en 1931 contribuye a consolidar el carácter restrictivo a la lógica resolutoria por

---

<sup>120</sup> Además, la propia legislación introduce nuevos supuestos no incluidos en la LCT'31. Por ejemplo, el Decreto 9 de diciembre 1931, que declara la nulidad de las cláusulas que impiden el matrimonio de las obreras (Gaceta 10 de diciembre) declara que el despido de las trabajadoras en virtud de tales cláusulas tendrán el carácter injustificado, atendiendo al contenido del capítulo XI de la LJM'31.

<sup>121</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>122</sup> **MOSCO**. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, *op. cit.*, p. 126 y 127: “se trata, pues, aquí, de una obligación negativa de contenido muy amplio, cuya violación puede realizarse a través de una gama de actos variadísima. Es una obligación principal, puesto que constituye un medio indispensable para la plena consecución del fin propuesto al contratar, y aunque no sea en relación directa de reciprocidad con la prestación principal de la otra parte, siquiera exista el íntimo lazo de instrumentalidad entre el cumplimiento de esta obligación y la consecución del resultado contractual, puede decirse que este deber puede dar lugar a la resolución del contrato”.

<sup>123</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 140. *Vid.* también, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 92. En este sentido, son extensibles las cuestiones planteadas al analizar los arts. 21 y 22 del CT'26.

<sup>124</sup> En concreto, “las faltas repetidas de puntualidad”, la “indisciplina” y “la disminución voluntaria y continuada del rendimiento de trabajo” constituyen una concreción de la causa primera del art. 21 CT'26 (falta repetida a las condiciones propias del contrato); “el fraude o abuso de confianza en las gestiones confiadas”, así como “la negociación de comercio o de industria sin el conocimiento del empresario”, constituyen una especificidad de la causa segunda del art. 21 CT'26 (“la falta de confianza debida en las gestiones o a la clase de trabajo a que se dedique el obrero”); y finalmente, los “malos tratamientos de palabra” y sus derivaciones coinciden con la causa tercera del art. 21 CT'26. Queda, no obstante, “descolgado”, el supuesto de ineptitud.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el art. 91 LCT'31 se entiende como justa causa de despido la huelga declarada ilícita. En relación a los supuestos que motivan la ilicitud de la huelga, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad con ocasión del análisis de la suspensión de la relación de trabajo (*vid. supra*, *Epígrafe II del Apartado B del Capítulo IV – Segunda Parte*).

incumplimiento imputable. Precisión, sin duda, de indudable alcance a los efectos de la conservación del negocio jurídico.

#### ***1.1.4.1.1.- Mención especial a la extinción del contrato por ineptitud.***

Especial atención merece el tratamiento legislativo de la extinción del contrato motivada por ineptitud<sup>125</sup>. Especialmente, porque atendiendo a su sistematización se empleará como un argumento de peso para fundamentar las tesis de la eficacia originaria del despido.

El art. 89.6 LCT'31 parte de la concepción del despido motivada por una falta contractual, es decir, por un incumplimiento culpable de trabajador. En cambio, la ineptitud se define como la falta de habilidad (habilidad deficiente) para realizar una determinada labor, caracterizada por la ausencia absoluta de intención dolosa<sup>126</sup>. Si el defecto de rendimiento se debe, en cambio, a la voluntad del trabajador, entonces se trata de un supuesto típico de incumplimiento culpable<sup>127</sup>. En cambio, si la ineptitud es originaria y conocida por el empresario, está claro que el contrato se concertó en base a dicha habilidad y, por consiguiente, no puede ser alegada para justificar la resolución del contrato por incumplimiento imputable<sup>128</sup>.

En cambio, si la ineptitud es sobrevenida, el planteamiento difiere considerablemente. De acuerdo con el art. 46 LJM'31, la extinción del contrato puede derivarse por causas imputables al trabajador o bien por motivos que no son imputables al mismo. En estas circunstancias, en opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO (recuérdese, principal valedor de la tesis de la eficacia originaria del despido), al incumplidor del contrato sólo le cabe alegar la existencia de una causa que le exonere. Por ello, “la imputabilidad de la justa causa podría entenderse como inexistencia de una circunstancia que exonera al trabajador de una conducta no rectamente cumplidora, de modo que tal conducta pudiera ser calificada de voluntaria”. En virtud de todo ello, entiende que la ineptitud (sobrevenida), *ex art.* 89.6 LCT'31, sería “una verdadera causa de exoneración de responsabilidad contractual” dado que se trata de una circunstancia exenta de culpabilidad del trabajador. Si la ineptitud es una causa imputable al trabajador, se desprende,

---

<sup>125</sup> Un análisis de este supuesto extintivo con anterioridad a la LCT'31 (y especialmente en el CT'26 en relación con los aprendices) en, **BRIONES GONZÁLEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, *op. cit.*, p. 179.

**BRIONES GONZÁLEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, *op. cit.*, p. 45 y ss.

<sup>126</sup> *Cfr.* **SAGARDOY BENGOCHEA**. *La disminución del rendimiento como causa de despido*. RFDUM n° 33, 1968, p. 420 y 424.

<sup>127</sup> **ÁLVAREZ ALCOLEA**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia*. REDT n° 3, 1980, p. 408; **GOÑI SEIN**. *La ineptitud del trabajador como causa de despido*. REDT n° 11, 1982, p. 423.

<sup>128</sup> Si la ineptitud es motivada por la atribución de una tarea distinta para la que fue contratado, no debe entenderse como un motivo que legitime la extinción (RMT 24 de julio y 7 de marzo 1933, *cit.* **VAZQUEZ RICHART**. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*. Editorial Reus. Madrid, 1956, p. 182. Ahora bien, si la ineptitud originaria fue disimulada por el trabajador, en tal caso, nos encontraremos ante un contrato anulable por error o dolo, conforme a los principios generales del derecho de obligaciones.

según el mencionado autor, que la referencia a las *justas causas imputables*, ex art. 46 LJM'31, no indica necesariamente una conducta culpable del trabajador, un incumplimiento voluntario de los deberes contractuales. Por esta razón, considera que la ley se limita a definir las circunstancias que hacen que el empresario no soporte el *riesgo* de preavisar la extinción. De este modo, la imputación adquiere un significado de *atribuidad de riesgos*, por lo que “la justa causa imputable adquiere así un color subjetivo más que voluntario; hace referencia a causas o razones subjetivas referentes a la conducta o a la persona del trabajador y ajenas a la esfera del empleador; precisamente por ello éste se ve liberado del riesgo de soportar el preaviso”<sup>129</sup>.

Juicio que no puede compartirse. En la medida que el art. 46 LJM'31 contiene una imprecisión técnica al considerar como *despido* la extinción del contrato por causas no imputables al trabajador, es posible que el art. 89.6 LCT'31 contenga, a su vez, un defecto al incluir dentro de las causas de despido a la ineptitud<sup>130</sup>.

De hecho, la doctrina laboral ha estado denunciando durante muchas décadas la inadecuada ubicación de la ineptitud<sup>131</sup>. A nuestro modo de ver, resulta un poco forzado entender que por la mera inclusión de la ineptitud en el listado de los incumplimientos imputables del trabajador, se pueda entender que el término “justas causas imputables”, ex art. 46 LJM'31, no se refiera a la conducta culpable del trabajador.

El análisis, en cambio, debe analizarse desde otra perspectiva. Salvo, claro está, que haya un supuesto de incapacidad absoluta, pues, lo que sucede es que desaparece el objeto del contrato, esto es, la fuerza de trabajo<sup>132</sup>. En cuyo caso, el contrato debería entenderse

---

<sup>129</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., respectivamente, p. 36, 37 y 38. *Vid.* también del mismo autor, *La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo*, op. cit., 1980, p. 249 y 250. Comparte esta tesis, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 277; **BAYLOS GRAU**. *Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo*. RPS n° 122, 1979, p. 309; y **SEMPERE NAVARRO Y LUJÁN ALCARAZ**. *La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización*. RL 1994 – I, p. 379. Un comentario crítico al planteamiento de RODRÍGUEZ-PIÑERO, en **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Ineptitud, despido y desempleo*. RPS n° 89, 1971, p. 13.

<sup>130</sup> Desde la perspectiva de la interpretación histórica, en los Proyectos de Ley del Contrato de Trabajo de RUIZ JIMÉNEZ de 1916 (art. 27) y de BURGOS Y MAZO de 1919 (art. 101), la ineptitud (denominada *inhabilidad*) no está comprendida dentro de las circunstancias que motivan el despido, sino que se califican supuestos extintivos diferenciados. Lo cual es lógico si se tiene en cuenta que no se trata de un incumplimiento contractual. Además, el art. 58 del Anteproyecto de Ley del Contrato de Trabajo de 1922 (raíz del art. 89 LCT'31) no incluye como una circunstancia justificativa del despido a la ineptitud.

<sup>131</sup> Abogando para la inadecuada ubicación de esta causa extintiva, entre otros, **CARRO IGELMO**. *El despido justo*, op. cit., p. 186; **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 135 y 136; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 94; **VAZQUEZ RICHART**. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*, op. cit., p. 172; **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, op. cit., p. 87; y *Ineptitud, despido y desempleo*. RPS n° 89, 1971, p. 13; **DURÁN LÓPEZ**. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*, op. cit., p. 87 y 88; **TOVILLAS ZORZANO**. *Causas de terminación del contrato de trabajo independientes de la voluntad de los sujetos que afectan a la extinción de los mismos*, op. cit., p. 435; **GOÑI SEIN**. *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, op. cit., p. 413 y 414; **PRADOS DE REYES**. *Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral*, op. cit., p. 22; **GONZÁLEZ ORTEGA**. *La ineptitud como causa de despido y su realización con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral*. RPS n° 127, 1980, p. 204; **QUESADA SEGURA**. *Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre la ineptitud del trabajador como causa de despido*. TL n° 16, 1989, p. 46 y 47; y **FITA ORTEGA**. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 11 y 12.

<sup>132</sup> **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 32.

extinguido, por la imposibilidad objetiva de su ejecución<sup>133</sup>. Dejando al margen esta situación extrema, es decir, cuando la ineptitud no tiene un alcance absoluto, caben otro tipo de situaciones en las que el planteamiento y la solución jurídica difieren sensiblemente. El contrato de trabajo es de tracto sucesivo y, por ello, la continuación del contrato queda subordinada al mantenimiento del *statu quo*, de tal modo que el vínculo subsiste siempre y cuando se mantenga la equivalencia de las prestaciones. En el caso de que se produzca un desequilibrio objetivo en la equivalencia de las prestaciones, el ordenamiento jurídico faculta a una de las partes a resolver el contrato. En suma, en la resolución del contrato por *ineptitud* sobrevenida subyace un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>134</sup>.

#### ***1.1.4.2.- La resolución contractual ilícita del empresario: la readmisión, la prestación por equivalencia y la mora.***

La normativa republicana aspira a que toda decisión extintiva empresarial esté revestida de un fundamento verificable que la justifique. El mercado de trabajo debe estar regido por el orden y toda extinción requiere una determinada justificación que la legitime. A pesar de que la motivación actúa como límite a la facultad resolutoria del empresario y, a su vez, define el ámbito de protección del trabajador, la perdurabilidad del contrato (manifestada a través del fortalecimiento del principio de estabilidad), no es sinónima de salvaguarda a ultranza de la continuidad contractual en caso extinción sin causa.

Al igual que antaño, el sistema causal no permite revocar la decisión extintiva ilícita y compeler al cumplimiento de lo acordado, sino que se puede cumplir por equivalencia. En suma, por tanto, lo que pretende el Legislador es “*simplemente*” encauzar y racionalizar el sistema extintivo, estableciendo un cierto orden, de tal modo que se consiga, por lo menos, evitar actuaciones arbitrarias y, si concurren, que – por lo menos - el trabajador perciba una compensación con la mayor celeridad posible.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, tal y como se ha apuntado con ocasión del análisis de la reforma de 1928, conviene reiterar que no sería ajustado calificar a esta respuesta

---

<sup>133</sup> Al igual que la muerte del trabajador, la incapacidad absoluta extingue el contrato porque extingue el objeto del mismo, de tal modo que la ineptitud motivada por incapacidad absoluta, “extingue el contrato objetivamente, por desaparición de su objeto”. ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 32; SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 94 y 95; VIDA SORIA. *La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado*. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid 1969, p. 111 y 112.

<sup>134</sup> Lo que es coherente con la opinión de un sector de la doctrina actual (vigente el ET’80) cuando afirma – sin defender la tesis de la excesiva onerosidad - que la ineptitud es un concepto jurídico diferenciado de la incapacidad y de la disminución voluntaria del rendimiento. ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 265. *Vid.* al respecto extensamente *infra*, Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

legislativa como una flagrante vulneración del principio de estabilidad o una *contradicción insalvable con él*. Pues, se trata de un norma de carácter estrictamente procesal en consonancia con la evolución legislativa precedente. Por otra parte, es incontrovertido que la existencia de una sanción económica, tiene un efecto persuasivo sobre la conducta de los individuos, que no puede obviarse. Constituyendo, sin duda, una medida que favorece el mantenimiento del vínculo contractual, pues, constriñe la voluntad empresarial, hasta el nivel o con la intensidad que socialmente se estima que es más adecuado o suficiente.

Lo que paralelamente no quita, por tratarse de una medida de protección más intensa, que la posibilidad de exigir el cumplimiento *in natura* se erija prontamente en una de las principales reivindicaciones obreras. En este sentido, como se ha avanzado, van a ser varios los intentos del Legislador por tratar de obligar al empresario a la restitución forzosa del trabajador a su puesto de trabajo, sin que lleguen a consolidarse definitivamente.

Frente a la decisión extintiva del empleador, el trabajador tiene reconocido un derecho de reclamación ante los Jurados Mixtos en un plazo de 5 días<sup>135</sup> (ampliable por otros dos si reside fuera de la localidad donde se halle el Jurado, art. 47 LJM'31)<sup>136</sup>. Proceso, muy similar al previsto para los Comités Paritarios.

La extinción contractual no justificada es ilícita, lo que es sinónimo de incumplimiento contractual del empresario. El modelo, en esencia, permanece idéntico al precedente porque el derecho a la reincorporación sigue presumiéndose de imposible ejecución forzosa, transformándose, en consecuencia, en un derecho a una cierta indemnización. Sin embargo, se introduce un pequeño matiz en la regulación. Si se recuerda, el modelo extintivo previsto en el Decreto 22 de julio 1928, de un modo similar a sus precedentes, parte de la idea de que la

---

<sup>135</sup> No obstante, conviene resaltar que la jurisprudencia entiende que la aceptación de la indemnización por parte del trabajador finalizado el contrato, significa su asentimiento a la cancelación del contrato, y por ello carece de legitimidad para reclamar (a no ser hubiere mediado un vicio en el consentimiento), por todas: RRMT 7 de marzo y 9 de febrero 1932 (BMTPS, nº 20, p. 275 y 276 respectivamente).

<sup>136</sup> A pesar de la brevedad (recuérdese que el plazo en la legislación anterior era de 48 horas), el plazo sigue siendo de prescripción (el art. 94 LCT'31 establece un plazo de prescripción general de 3 años a partir de la terminación del contrato, salvo que se establezca un plazo especial). **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 88; **MARTÍN-GRANIZO** y **GONZÁLEZ ROTHVOSS**. *Derecho Social*, *op. cit.*, p. 253; **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1946), *op. cit.*, p. 261 y 262; y **HERNÁINZ MÁRQUEZ**. *Tratado elemental de derecho del trabajo* (1947), *op. cit.*, p. 289 a 291. Posteriormente, el art. 55 TRLJM'35 ampliará el plazo a “10 días hábiles a contar desde el siguiente al en que el obrero haya sido despedido”; o 15 días “cuando se trate de demandas procedentes de fuera de la localidad”. En contra de la brevedad de este plazo, por carecer de justificación suficiente, **GALLART Y FOLCH**, *op. cit.*, p. 88. A favor, **PÉREZ SERRANO**. “*Caducidad*” o “*Prescripción*” en la acción por despido. RT nº 1, 1945, p. 13. Finalmente, un aspecto importante a tener presente es que acabada la Guerra Civil (y vigente la LCT'31) la STS 7 de enero 1941, en contradicción con la jurisprudencia anterior muy asentada, decretará que el plazo para impugnar el despido no es de prescripción sino de caducidad: “En la dicción de la precitada Ley (de Jurados Mixtos) se observa, in duda alguna, que el plazo en él señalado es de caducidad, pues de no serlo no tendría explicación el máximo con que se le determina, ni el señalamiento del único término de ampliación por dos días cuando concurriera la circunstancia especial en nombre de la que se autoriza” (un comentario crítico al viraje interpretativo del TS en, **MARTÍNEZ SÁNCHEZ-ARJONA**. *Acción de despido ¿Caducidad o prescripción del plazo para ejercitarla? Interpretación del artículo 47 de la Ley de 27 de noviembre de 1931*. RDP 1941, p. 212 y 213). Criterio que se incorporará al art. 82 LCT'44: “la acción por despido injustificado *caducará* a los quince días siguientes de aquel en que se hubiera producido, prorrogables por otros tres días si el lugar del trabajo fuera distinto de la localidad en que la Magistratura de Trabajo resida”.

readmisión es una “obligación personalísima” que no puede ser ejecutada forzosamente. Así, sobre la base del principio de economía procesal, la prestación específica se transforma, *ex lege*, en la equivalente si transcurrido un plazo de 48 horas el deudor no ha cumplido específicamente. Como es sabido, conforme a la lógica del Derecho común, no puede afirmarse que el deudor tenga reconocido, propiamente, un “derecho de opción”, aunque lo cierto es que a efectos prácticos opera de este modo, pues la propia sentencia especifica el importe del resarcimiento por equivalencia, sin necesidad de acudir a la fase ejecutiva<sup>137</sup>.

Pues bien, la normativa de 1931, en un nuevo “arrebato de pragmatismo”, acaba positivizando este “derecho de opción”, reconocido implícitamente en la normativa anterior (en definitiva, consideramos, con la pretensión de dar mayor celeridad a la compensación del trabajador – ante la falta de mecanismos sustitutivos de la renta por la pérdida del empleo). Conforme a este nuevo sistema, para que el cumplimiento específico se transforme en el equivalente, se prescinde de cualquier trámite previo. El deudor, como antaño, mantiene la facultad de elegir alternativamente entre dos opciones, aunque en esta ocasión el reconocimiento de esta facultad es explícito. Concretamente, se establece que “si en el fallo se declarase que no existe causa que justifique el despido del obrero, en él se otorgará opción al patrono para que lo readmita o le abone la indemnización” (art. 51 LJM’31)<sup>138</sup>. De todos modos, como afirma la doctrina, con esta modificación normativa el Legislador está diciendo prácticamente lo mismo que antaño<sup>139</sup>. Por tanto, el reconocimiento de un “derecho de opción” al empresario no debe interpretarse como si el fallo de la sentencia originara el nacimiento de dos obligaciones de naturaleza alternativa, sino que, al igual que en el modelo anterior, sólo hay una obligación, aunque su objeto debe ser concretado por la decisión unilateral del deudor.

Corroboración esta interpretación el hecho de que las Resoluciones del Ministerio de Trabajo defienden el carácter subsidiario de la indemnización<sup>140</sup>. Concretamente, se afirma que “la finalidad que se persigue con el procedimiento instaurado en el Título XI, LJM’31 es la de conseguir la reintegración del obrero a la plaza de la que se le ha privado teniendo la indemnización que el art. 53 de dicho cuerpo legal establece sólo en carácter subsidiario, puesto

---

<sup>137</sup> A pesar de que el art. 924 LEC literalmente preceptúa que “se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios”, la doctrina entiende que “esta opción no puede otorgarse al condenado”. Aunque luego se afirma que “no existe otra posible vía de ejecución”. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 680.

<sup>138</sup> “El patrono no necesita justificar, explicar ni razonar su negativa a la readmisión; si dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo no se allana a readmitir al despedido se entiende que se niega a ello”. **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>139</sup> *Cfr.* **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>140</sup> Interpretación también seguida por la doctrina contemporánea, *vid.* **SANTAMARÍA ANSA**. *El despido del obrero y del empleado*, *op. cit.*, p. 139 y 144.



que lo que en primer término se solicita es la readmisión”<sup>141</sup>. En otra ocasión, se afirma que “la readmisión, como quiera que tiende a situar al obrero en el empleo del que fue injustamente privado, constituye beneficio superior al de la una indemnización metálica, que carece de la extensión suficiente para producir la misma ventaja económica que la ocupación, máxime en el actual momento de crisis, teniendo además la consideración moral superior que supone el percibir una cantidad como consecuencia de un trabajo efectivo”<sup>142</sup>.

En sustancia, la indemnización sigue manteniendo una naturaleza resarcitoria sustitutiva por la no readmisión, pues el trabajador no puede reclamar la readmisión y sólo puede exigir un resarcimiento patrimonial, desvinculado de la prueba de los daños y perjuicios efectivamente sufridos<sup>143</sup>. Corroborando esta interpretación, conviene resaltar que, siguiendo a MONTERO AROCA, cuando el obrero no pretendía la readmisión, sino indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, la jurisprudencia entendía que la competencia correspondía al Tribunal Industrial o en su defecto al Juzgado de primera instancia<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> RMT 26 de junio 1934 (párrafo *cit.* **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, nota 55 p. 22 y 23).

<sup>142</sup> RMT 1 de junio 1933 (BMTPS, n° 39, p. 1239). En el mismo sentido, RMT 19 de febrero 1935 (BMTPS, n° 59, p. 679) declara que la finalidad que se persigue es reintegrar al obrero “al empleo de que fue desposeído”; toda vez que “la indemnización tiene mero carácter subsidiario” (RMT de 9 diciembre 1933 [BMTPS, n° 46, 1934, p. 507]). En términos similares, la RMT 13 de marzo 1934 (BMTPS, n° 47, p. 607): “tan pronto como esta sentencia sea firme y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sea readmitido el demandante, previa la satisfacción de los jornales transcurridos desde su despido hasta su readmisión. En caso de no ser readmitido, satisfará, en concepto de indemnización dos mensualidades y el importe de 24 jornales por la sustanciación de este expediente”. Defendiendo el carácter subsidiario de la indemnización en términos similares, *vid.* **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 22 y 23. Además, la jurisprudencia admite reiteradamente que la aceptación de la indemnización impide al trabajador accionar frente al empleador, a no ser que haya mediado coacción, dado que lo identifica con el mutuo disenso (resolución extrajudicial). Por todas, RMT 24 de julio 1933 (BMTPS, n° 40, p. 1529).

<sup>143</sup> GALLART Y FOLCH parece admitir plenamente la lógica resolutoria descrita (aunque también parece que identifica el *id quod interest* con la indemnización de daños y perjuicios): “la ley española, al conceder al patrono el derecho a optar entre readmitir al obrero despido injustamente o indemnizarlo del daño sufrido por la decisión abusiva del patrono se sitúa en la posición clásica del Derecho civil que traducía el artículo 1142 del Código de Napoleón cuando afirmaba que ‘toda obligación de hacer o no hacer, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de inejecución por el deudor’ fundándose sin duda en el principio de Derecho romano *nemo potest cogi ad factum*”. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>144</sup> Entre otras, SSTS 2 de mayo 1932 (Ar. 3480); 21 de junio 1933 (Ar. 173); y 28 de marzo 1933 (Ar. 3838), *cit.* **MONTERO AROCA**. *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938)*, *op. cit.*, nota 78, p. 149. **RODRÍGUEZ-PIÑERO** entiende que, en la medida que la doctrina jurisprudencial mantiene el carácter subsidiario de la indemnización, la normativa aspira “aunque sea sólo idealísticamente que se consiga el restablecimiento de la prestación”, lo que le lleva a aseverar que “más que una obligación alternativa habría que hablar en la condena por despido injustificado de una facultad de sustitución”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 22. Sin embargo conviene hacer algunas apreciaciones. Como se sabe, la diferencia práctica entre una obligación facultativa y otra alternativa, consiste en que las obligaciones alternativas “todas las prestaciones son inicialmente debidas, por lo que sólo el pericimio fortuito o la imposibilidad sobrevinida de todas ellas libera al deudor”; mientras que en las facultativas, el deudor “no debe más que una única prestación, la imposibilidad sobrevinida de esta prestación producirá por sí sola la liberación del deudor y, en su caso, la extinción de la obligación sin que haya en tal supuesto lugar para el ejercicio de la facultad solutoria. **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN**. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, *op. cit.*, p. 313. En las obligaciones alternativas existe una relación de alternatividad o disyuntividad, lo que significa que entre ambas prestaciones existe una igualdad de grado; mientras que entre las obligaciones facultativas existe una relación de subordinación o de subsidiariedad, dado que sólo cuando la prestación principal no se cumple es debida la subsidiaria. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, *op. cit.*, p. 55. Sin embargo, no puede entenderse que la obligación tenga naturaleza facultativa, dado que, en virtud de los parámetros descritos, la imposibilidad de cumplimiento inimputable debería eximir al empresario del deber de indemnizar, lo

La LJM'31 da un paso más en la simplificación del procedimiento, alcanzando un estadio de pragmatismo extraordinario, pues obvia un trámite que en la práctica, todo hay que decirlo, resultaba superfluo. En definitiva, este cambio implica la juridificación del *modus operandi* implícitamente amparado por el ordenamiento jurídico desde antiguo. Pero sólo eso. Así, la voluntad del Legislador de 1908 de simplificar el proceso laboral, al exigir la monetización de todas las prestaciones de hacer y así facilitar una pronta y económica compensación al trabajador, acaba desembocando en 1931 en la positivización de una opción entre readmitir o indemnizar<sup>145</sup>.

De tal modo que (RODRÍGUEZ-PIÑERO) el denominado “derecho de opción” se convierte en el *objeto de deseo* de los trabajadores y un motivo de reivindicación laboral. Conforme a estos parámetros, se comprenden los intentos del Legislador por forzar la readmisión, a medida que el problema del desempleo se agrava y que, probablemente, la presión de los trabajadores se incrementa. Desde esta perspectiva se comprende que se decida restringir el “derecho de opción” del empresario en tres supuestos: empresas de cierta dimensión de determinados sectores<sup>146</sup>, empresas con trabajadores extranjeros<sup>147</sup>, y extinciones contractuales impulsadas por motivaciones o huelgas políticas<sup>148</sup>.

---

cual no acontece, pues el fallecimiento del trabajador, durante el transcurso del proceso, no exime al empresario de resarcir patrimonialmente a sus herederos (RMT 26 de junio 1934 [BMTPS, 1935, n° 55, p. 155]). Por otra parte, para que pueda hablarse de obligación alternativa es preciso que concorra una paridad de grado, lo que no ocurre en los supuestos previstos en la legislación de 1931, dado que la indemnización (especialmente, en los contratos de duración indefinida o en los sometidos a término en los que reste por cumplir más de seis meses), no puede equipararse a la readmisión. En suma, debe descartarse la discusión entre la naturaleza alternativa o facultativa, porque sólo existe una sola obligación, esto es, la readmisión, que puede transformarse en la prestación por equivalente.

<sup>145</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II); Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 22.

<sup>146</sup> Decreto 23 de agosto 1932. Este texto deroga el derecho de opción del empresario en determinados sectores económicos y restablece la readmisión forzosa de los trabajadores que hayan perdido su puesto de trabajo sin justa causa. Concretamente, las empresas afectadas son las de Servicios Públicos, la Banca y aquellas especialidades de trabajo regidas por bases de trabajo que exijan para el cese la “formación previa de expediente” (art. 1). Además, se obliga a la empresa al abono de los salarios de tramitación entre la separación injusta y la readmisión, sin que sea aplicable el tope máximo de 24 días. No obstante, la medida tuvo una duración efímera, retomando una orientación conservadora, dado que al poco tiempo se restableció el derecho de opción en favor de los empleadores, aunque con algunas particularidades (Previamente, la Orden 27 de marzo 1934 (Gaceta 5 de abril) excluye del ámbito subjetivo del Decreto 23 de agosto 1932 a los Recaudadores de Hacienda locales o provinciales). Así, la situación queda restaurada con el Decreto 20 de diciembre 1934, sobre derecho de opción en los despidos en empresas de servicios públicos (Gaceta 24 de diciembre), desarrollado por la Orden 12 de enero 1935 (Gaceta 13 de enero). Aunque con algún cambio, dado que se exige el cumplimiento de determinados requisitos, sin el cuál la opción empresarial no es válida. En definitiva, se trata de prerrogativas concedidas a los trabajadores en compensación del derecho que se les niega. De todo modos, la normativa adoptada durante el bienio radical-cedista fue derogada a través del Decreto 5 de junio 1936 (Gaceta 7 de junio), quedando restablecido el derecho de opción a favor de los trabajadores.

<sup>147</sup> Planificada como una medida de lucha contra el desempleo, se dicta el Decreto 8 de septiembre 1932, sobre trabajadores extranjeros (Gaceta 10 de septiembre) - normativa que sustituye el Decreto 16 de enero 1931 (Gaceta 17 de enero), de fugaz duración, pues el Decreto 13 de marzo 1931 (Gaceta 14 de marzo) lo dejó en suspenso -, con la finalidad de proteger la mano de obra nacional frente a la extranjera (Párrafo Tercero Exposición de Motivos). El Decreto se aplica principalmente a las empresas que ocupen mano de obra *extranjera*, con independencia del sector al que pertenezcan. Así, se proclama la prioridad de los trabajadores nacionales respecto de los extranjeros en un doble sentido: por un lado, en el momento de la contratación (art. 2); y, por otro, a la hora de permanecer en la empresa en un supuesto de extinción contractual motivada por falta de trabajo (art. 11). Prioridad que, en este segundo caso, no se articula de un modo general, sino que opera sobre la base de un criterio de verticalidad: la

- Desde un punto de vista sustantivo, la determinación cuantitativa del débito indemnizatorio es similar al sistema establecido en el Decreto 22 de julio 1928, salvo que el importe máximo es ampliado hasta los 6 meses de salario (anteriormente eran 3 meses, y 6 meses para los Vocales de los Comités Paritarios)<sup>149</sup>. Por lo tanto, se mantiene el importe mínimo y permanecen los criterios establecidos en el art. 17.7º del DLOCN'26, destinados a “orientar” al Presidente del Jurado Mixto en la determinación de la cuantía de la indemnización (art. 53.2º párrafo LJM'31)<sup>150</sup>.

Un aspecto importante, es el relativo a los supuestos de recolocación del trabajador. Si se recuerda, conforme al modelo previsto por el Decreto de 1928, el trabajador no tiene derecho a la indemnización si se ha recolocado (art. 17.6 DLOCN'26), porque se presume que desiste de su pretensión. La LJM'31 omite la regulación de esta cuestión y la única referencia a las consecuencias jurídicas derivadas de la recolocación se centra en los salarios de tramitación (art. 52 LJM'31)<sup>151</sup>.

Este silencio normativo puede interpretarse como que el trabajador tiene derecho al percibo de la indemnización a pesar de la recolocación. Interpretación que quedaría corroborada si se tiene en cuenta que la normativa precedente hacía mención expresa a esta cuestión, negándole al trabajador su percibo. En esta línea se mueve un sector de la doctrina

---

amortización debe afectar proporcionalmente a todas las categorías profesionales de la explotación, dentro de las cuales, los trabajadores nacionales tienen preferencia en la permanencia. El incumplimiento de esta norma, se sanciona con la readmisión forzosa de los trabajadores “despedidos” (art. 12). Paralelamente, se prohíbe la sustitución de trabajadores nacionales por trabajadores extranjeros (art. 10.1º). En el caso de que el empresario decida sustituir a los trabajadores nacionales, por “razones de tecnicismo o de calificación profesional”, debe comunicarlo previamente al Jurado Mixto. En la Comunicación el empresario debe alegar “los motivos en que se funde o las razones que abonen su propósito” (art. 10.2º). Informado el órgano corporativo, éste debe “cursar la petición debidamente informada, en el plazo de tres días, al Ministerio de Trabajo y Previsión Social para la resolución que corresponda” (art. 10.3º). El incumplimiento de este procedimiento determina la nulidad de la actuación empresarial y la readmisión forzosa del trabajador despedido. En ambos supuestos, además de ser sancionado con la readmisión, el empresario que incumpla debe abonar una multa, cuya cuantía oscila entre las 50 y las 2.500 pesetas. Sin embargo, esta prerrogativa concedida a los trabajadores sufre una suerte similar a la prevista en el Decreto 23 de agosto 1932, relativo a las empresas públicas. En efecto, la regulación de 1932 sobre trabajadores extranjeros es sustituida por el Decreto 29 de agosto 1935, sobre trabajo de extranjeros (Gaceta 31 de agosto) que lo deroga. La nueva regulación mantiene, en términos muy similares, los dos supuestos descritos anteriormente, pero no sanciona su incumplimiento con la readmisión forzosa, y simplemente mantiene la sanción; aunque reduce los importes (25 y 1.000 pesetas, *ex* art. 11).

<sup>148</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>149</sup> Posteriormente, la Ley 6 de noviembre 1941 (BOE 20 noviembre) modifica los límites de la indemnización. Suprime el mínimo e incrementa el máximo hasta el año de jornal. Criterio recogido en el art. 81 LCT'44.

<sup>150</sup> Parámetros que también serán objeto de alteración a raíz de la reforma operada por la Ley 6 de noviembre 1941. Concretamente se modifica el art. 53 LJM'31 añadiendo las siguientes circunstancias a tener en cuenta: la nueva colocación o no del trabajador, la edad del despedido, posibilidades de colocación en la *misma* o *similar* profesión, conducta social y razones o móviles probables del despido. Se suprime la cláusula de cierre que establecía “todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado”. Posteriormente, recoge tales criterios en el art. 81 LCT'44 pero finaliza el precepto incluyendo un “etc.”. La valoración de las diversas circunstancias queda al arbitrio del juzgador, aunque normalmente se toma como módulo el salario de un mes por cada año de servicio prestado en la empresa, con un tope de 12 mensualidades (cantidad máxima establecida en el art. 81 LCT'44).

<sup>151</sup> Art. 52 LJM'31: “En ambos casos y a no ser que el obrero estuviese nuevamente colocado, habrá de abonarle los jornales correspondientes a los días que median entre el despido y la fecha en que, dentro de los plazos normales que se señalan en esta Ley, debe estar sustanciada la reclamación, sin que en ningún caso pueda exceder de veinticuatro”.

contemporánea que entiende que, si el obrero se halla colocado en un nuevo establecimiento, “ha de entenderse que el despido no le ha originado el perjuicio material que se trata de resarcir; pero, entiéndase bien, que ella se refiere sólo a esto, según se desprende con toda claridad del art. 52, a los salarios correspondientes a los días comprendidos entre el despido y la readmisión con la limitación expresada; pero no a la indemnización que alude el art. 53”<sup>152</sup>. En consecuencia, si el obrero se ha colocado nuevamente, el empleador deberá pagar “los días que hubiera estado sin trabajar, y en todo caso la diferencia entre el jornal obtenido en la antigua y la nueva colocación, si aquél fuese inferior a éste”<sup>153</sup>. Las RRMT, en cambio, resuelven este conflicto retomando la doctrina vigente con anterioridad a la LCT<sup>31</sup> y declaran que, si el trabajador se recoloca, no puede percibir la indemnización, porque se estima que no se le ha irrogado daño alguno<sup>154</sup>.

- Finalmente, con independencia de la elección del empleador, como se acaba de apuntar, deberá abonarle los salarios de tramitación desde la extinción del contrato hasta la fecha que se ponga fin al proceso, sin que en ningún caso puedan exceder de 24 días<sup>155</sup>. El abono de los salarios de tramitación queda vinculado a la declaración judicial de la extinción contractual injustificada, lógicamente, al margen de la duración de los contratos de trabajo. En cuanto al cómputo de su importe, se mantiene la fecha de la extinción como *dies a quo*. Para el *dies ad quem*, son posibles tres fechas variables: o la de la readmisión o indemnización, o la de la nueva colocación del obrero; o la de la terminación del procedimiento. Siempre claro está que su importe no supere los 24 días. Y, para el supuesto de que el trabajador se hubiera recolocado durante la sustanciación del proceso, la doctrina<sup>156</sup> y las RRMT<sup>157</sup> optaron por el descuento de lo percibido en la nueva ocupación.

---

<sup>152</sup> HINOJOSA FERRER. *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 192.

<sup>153</sup> HINOJOSA FERRER. *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 192. En el mismo sentido, MARTÍN-GRANIZO y GONZÁLEZ ROTHVOSS. *Derecho Social*, op. cit., p. 206.

<sup>154</sup> La RMT 24 de abril 1934 (BMTPS, n° 52, p. 491) declara que aun siendo injusto el despido debe absolverse a la Empresa del pago de una indemnización dado que el demandante encontró empleo al día siguiente de ser despedido, y por lo tanto, el despido no le ha causado daño alguno. La RMT 24 de julio 1933 (BMTPS, n° 40, p. 1529) reconoce el derecho del trabajador al abono de una indemnización (en este caso se refiere a los salarios de tramitación) por los días que ha estado desempleado hasta que ha hallado una nueva colocación: “es evidente que el perjuicio sufrido por el obrero consiste en la pérdida de cuatro días de salarios, a cuya suma, por lo tanto, ha de reducirse la condena” [que debe satisfacer el empleador]. En el mismo sentido, RRMT 8 de noviembre 1932; y 16 de mayo 1933 (cit. RIAZA BALLESTEROS. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*, op. cit., p. 160).

<sup>155</sup> Recuérdese que, partiendo de que los salarios de tramitación son un débito salarial, la limitación cuantitativa de su importe supone una *agresión* a la naturaleza jurídica de esta institución.

<sup>156</sup> HINOJOSA FERRER. *El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 192.

<sup>157</sup> RRMT 8 de noviembre 1932; y 16 de mayo y 24 de julio 1933, cit. LAVADO MOLINA. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*, op. cit., p. 95.

### ***1.1.5.- Naturaleza jurídica del despido durante el franquismo y la transición: continuismo en la concepción del despido como un supuesto resolutorio.***

Con la II República queda consolidados los elementos estructurales esenciales de la institución del despido tal y como hoy lo entendemos. Esto es, como un supuesto de resolución contractual por incumplimiento grave y culpable, así como los planteamientos conceptuales que fundamentan de un modo técnico-jurídico la respuesta procesal en el caso de que se estime que el motivo alegado es injustificado.

Lo que no debe interpretarse como que la evolución legislativa posterior no haya tenido ninguna incidencia en su configuración. Ni mucho menos. Piénsese, en la especificación de las conductas calificables como un incumplimiento imputable<sup>158</sup>; o en el incremento de las garantías del trabajador recogidas en las diversas Reglamentaciones de trabajo<sup>159</sup>. Las Leyes 6 de noviembre 1941 (BOE 20 de noviembre) también tuvieron una notable repercusión al reconocer el “derecho de opción” a los trabajadores en las empresas de más de 50 trabajadores y al incrementar el importe máximo de la indemnización posible por extinción injustificada del contrato a un año<sup>160</sup>. Del mismo modo, la declaración de la nulidad del despido en caso de incumplimiento de ciertas formalidades (o bien, por la falta de tramitación del oportuno expediente)<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> La Ley de 6 de noviembre 1941 incluye como nuevas causas de despido: la embriaguez cuando sea habitual, la falta de aseo y cuando el trabajador origine riñas o pendeencias injustificadas con sus compañeros. En cuanto a la huelga, constituye una causa de extinción del contrato de trabajo, aunque debe resolverse por la autoridad gubernativa en virtud del Decreto 5 de enero 1939. La huelga es tipificada como un acto delictivo y un incumplimiento del contrato, aunque en la práctica no se llega a tanto, “ya porque se trate de evitar un conflicto mayor, ya por la imposibilidad real de aplicar tales consecuencias resolutorias a grandes masas de trabajadores”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo*, *op. cit.*, p. 22 y 23. No obstante, como se sabe, con posterioridad, con la redacción del Decreto 20 de septiembre 1962 (BOE 24 de septiembre) relativo a los conflictos colectivos de trabajo, al atribuirse a las Magistraturas de Trabajo la capacidad para conocer de los conflictos colectivos (art. 1) y al preverse mecanismos de solución de los conflictos colectivos, la huelga acabó erigiéndose en una nueva causa de despido que debía agregarse a las establecidas en el art. 77 LCT<sup>44</sup>. STS 18 de octubre 1968 (Ar. 4359). En la doctrina **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>159</sup> Manifestadas, bien, en la exigencia de un expediente obligatorio previo, facultando al empresario la toma de decisión del despido, o bien, circunscribiendo su ámbito de actuación, reconociéndole simplemente una iniciativa de propuesta y delegando la decisión final a la Magistratura de trabajo. *Vid.* ejemplos de cada una de ellas en, **CANO VIVANCOS**. *El Procedimiento de despido en las nuevas reglamentaciones de trabajo*. RDPR, 1945, p. 550 y 551; y **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 304 a 348.

<sup>160</sup> Reglas posteriormente incorporada al art. 81.3º LCT<sup>44</sup>. En otro orden de consideraciones, también es digno de mención la Ley de 10 de noviembre 1942 (BOE 23 de noviembre), pues, proclama el derecho del trabajador a seguir percibiendo el salario, durante un recurso interpuesto por el empresario, siempre que la sentencia le sea favorable (art. 2). Además, el empresario debe abonar un recargo del 20 % siempre que recurra una sentencia que le condene al abono de una cantidad dineraria, cantidad que pierde, en beneficio de la administración, en el caso de que el recurso no prospere (art. 8). Norma con un tinte claramente restrictivo (trata de evitar la litigiosidad) y, a su vez, recaudatorio.

<sup>161</sup> Orden 23 de abril 1947 (BOE 25 abril). En virtud de dicha norma, la Magistratura no admitía a trámite la propuesta de despido, si el empresario no aportaba una copia original del expediente previo, (siempre que esta formalidad fuera exigida por la Reglamentación pertinente - art. 2). Además, se debía declarar nula la extinción del contrato realizada directamente por el empresario si, en virtud de la Reglamentación aplicable, la decisión extintiva sólo podía adoptarla la Magistratura (art. 3). Finalmente, la declaración de nulidad adoptada por la Magistratura era firme e irrecurable, pudiendo ejecutarse de oficio a partir del momento en que se dictara (art. 4). Normativa que

Asimismo, es indudable que, dentro del proceso reformista que se inicia a mediados de los años 50, el D'56 tuvo un alcance extraordinario en la configuración del despido, pues, por un lado, alteró en gran medida el régimen de las formalidades exigibles<sup>162</sup>, liberalizando definitivamente una parte sustancial de las cargas formales que pendían sobre el empresario (en especial, al no exigir el expediente previo)<sup>163</sup>; por otro lado, alteró las normas procesales relativas al cumplimiento de la obligación específica para las empresas de más de cincuenta trabajadores (creando el conocido incidente de no readmisión)<sup>164</sup> y optó por la no readmisión en caso de silencio del titular del “derecho de opción”<sup>165</sup>; y, finalmente, suprimió – como ya se ha expuesto – los límites a la responsabilidad por mora del empresario (previstos en el art. 52 LJM'31<sup>166</sup>).

Por otra parte, el TRLPL'58 asumirá un papel clarificador de gran alcance, al explicitar (frente al silencio del D'56) la declaración de nulidad por incumplimiento de los requisitos de forma<sup>167</sup> y al especificar los efectos jurídicos que ello comportaba (readmisión y abono de los salarios de tramitación)<sup>168</sup>.

Más tarde, la impronta de la – efímera – reforma de 1976, declarando la readmisión obligatoria de los trabajadores despedidos injustificadamente, también es digna de mención; y,

---

debe complementarse con la Orden 16 de agosto 1948 (BOE 26 de agosto). Aunque con carácter previo a 1947, la nulidad por incumplimiento de defectos formales ya había sido declarada en las SSTs 8 de abril 1944 (Ar. 137); y 18 de abril 1944 (Ar. 478). Sistema que, para un sector de la doctrina contemporánea. “tendía exageradamente a dar un sentido de funcionarios a los trabajadores, y que, por otra parte, ponía excesivas cortapisas a la debida flexibilidad del poder de gestión de las empresas en su adecuada armonización con el derecho a tutela del trabajador despedido”. **HERNÁINZ MÁRQUEZ**. *La “carta de despido” y sus problema*. RDP 1962, p. 606. No obstante, para el resto de circunstancias extintivas no fundadas en un incumplimiento imputable previo, la omisión de la carta de despido no motivaba la nulidad de la decisión extintiva sino su improcedencia. SSTs 9 de diciembre 1963 (Ar. 374); 30 de marzo 1965 (Ar. 2143 y 2637); y SSTCT 8 de junio y 6 de julio 1960; y 24 de marzo y 19 de julio 1961.

<sup>162</sup> El expediente previo se siguió exigiendo para determinados colectivos de trabajadores (caballeros mutilados, enlaces sindicales, vocales del jurado de empresa, enlaces de la sección femenina de la FET y de las JONS). El régimen previsto en el Decreto de 1956 pasará a incorporarse a la TRLPL'58, TRLPL'63 y TRLPL'73 sin apenas modificaciones, salvo en lo relativo a los conflictos colectivos. En este línea, la jurisprudencia entenderá que “no es necesaria la instrucción del expediente disciplinario, bastando con la llamada carta de despido”, cuando quede probado que el trabajador ha participado activamente en un conflicto colectivo ilegal. SSTs 16 de octubre 1968 (Ar. 4357); 1 de diciembre 1964 (Ar. 5384); 18 de octubre 1965 (Ar. 4491); y 14 de abril 1967 (Ar. 1618)

<sup>163</sup> Proceso en el que la jurisprudencia jugó un papel importante al suavizar los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de algunas de ellas. Así, se estimó que la falta de comunicación al Jurado de empresa debía calificarse como improcedente y no nulo. STS 7 de marzo 1966 (Ar. 1647). Aunque se mantuvo la declaración de nulidad para el caso de incumplimiento de las formalidades legales (declaración que se mantuvo para el despido hasta 1994 – con el paréntesis del Decreto-Ley 17/1977 que equiparó los efectos de la nulidad con los de la improcedencia).

<sup>164</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

<sup>165</sup> Art. 6 D'56. Regla que posteriormente se incorporará sin cambios a los arts. 101 TRLPL'56; 101 TRLPL'63; 105 TRLPL'66; y

<sup>166</sup> Manteniéndose, pese al silencio legislativo, el criterio jurisprudencial que descontaba el importe de los salarios de tramitación en el caso de que el trabajador hallara una nueva ocupación (STS 30 de enero 1963, Ar. 369). Por otra parte, se suscitaban ciertos conflictos interpretativos especialmente en lo relativo a la determinación del *dies a quo* (“a partir de la fecha de presentación de la solicitud de conciliación sindical y, en su defecto, de la de la demanda ante la Magistratura” y no de la fecha de extinción, tal y como se preveía en la LJM'31); y del *dies ad quem* (que finalmente quedará fijado en la fecha de la firmeza de la sentencia). *Vid.* al respecto, **LAVADO MOLINA**. *Los salarios de tramitación en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 100 a 104.

<sup>167</sup> Art. 98 TRLPL'56 (precepto que se reitera en el art. 98 TRLPL'63; art. 102 TRLPL'66; y 73).

<sup>168</sup> Art. 113 TRLPL'58. precepto que se incorporará sin cambios a los arts. 113 TRLPL'63; 117 TRLPL'66; y 117 TRLPL'73.

por supuesto, la identificación de los efectos jurídicos de la nulidad con los de la improcedencia en 1977, también.

Sin perjuicio del análisis de algunas de estas cuestiones con mayor detalle con posterioridad, lo cierto es que todas estos cambios legislativos (salvo el relativo al expediente previo y al que hace referencia a la intervención previa de la Magistratura), desde la estricta perspectiva de la estabilidad en el empleo y de la prevención del riesgo a la extinción sobrevenida del contrato, no son más que una intensificación o debilitamiento de los instrumentos ya empleados durante la etapa republicana. Sin que, por otra parte, pueda afirmarse que la incidencia de los mismos haya sido lo suficientemente intensa como para provocar una “mutación” de los elementos esenciales que describen la naturaleza de este instituto jurídico-positivo. Especialmente, porque el régimen jurídico previsto en la LCT<sup>44</sup> sigue un planteamiento continuista con el previsto en la LCT<sup>31</sup> y la LJM<sup>31</sup>.

Por tanto, se puede afirmar que no existen argumentos para poder sostener que en este largo período de la Historia del Derecho del Trabajo español, el despido deje de ser un supuesto de resolución contractual por incumplimiento grave y culpable, ni que, dentro de esta lógica, la indemnización legal tasada deje de entenderse como la prestación por equivalente (aspecto, este último que será analizado con mayor detenimiento con posterioridad).

## ***1.2.- Análisis jurídico-positivo del despido en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.***

La *columna vertebral* de la regulación jurídica del despido apenas ha sufrido modificaciones desde la promulgación del Código Civil y la regulación de los contratos de duración determinada prevista en el art. 1586 CC. La sujeción de la resolución a la concurrencia de un incumplimiento imputable, proyectado en la existencia de un motivo suficiente (o causa) resolutoria, ha sido una constante a lo largo de la evolución de la regulación de los contratos por cuenta ajena: primero, en los contratos de trabajo sometidos a término y, posteriormente, exigiéndose para todos los contratos (manteniéndose el desistimiento únicamente para el período de prueba). Lo cierto es que, sin ningún género de dudas, la actual regulación jurídica contenida en el TRET no es más que una derivada de estos precedentes normativos. Por lo que puede trasladarse a este estadio del análisis la mayor parte de las construcciones teóricas defendidas con anterioridad.

Si bien es cierto que, en un primer momento, el principal objetivo de la resolución por justa causa es la salvaguarda de la autonomía de la voluntad y la necesidad de hacer cumplir lo pactado, en el instante que este principio se extiende a todos los contratos con independencia de su duración, el despido se erige en el principal mecanismo de protección de la continuidad del negocio jurídico como medio para garantizar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia. Y todo el régimen jurídico del despido está en mayor o menor grado impregnado de esta filosofía, si se nos permite, *conservacionista*.

De todos modos, llegados a este estadio de la exposición y antes de proceder al análisis de los elementos sobre los que se sustenta esta importante manifestación de la estabilidad en el empleo, conviene detener el discurso expositivo y tratar delimitar con precisión la naturaleza jurídica del despido, a pesar de que ya se ha anunciado - en repetidas ocasiones - que defendemos su adscripción a la lógica resolutoria. El objeto del epígrafe que sigue es, precisamente, consolidar los argumentos que posibilitan el sostenimiento de esta tesis y, sobre todo, rebatir las objeciones que se le achacan, así como criticar las tesis alternativas propuestas por la doctrina laboral. Discusión que no es, en absoluto, baladí, pues, las consecuencias jurídicas que se derivan de la aceptación de una u otra teoría, desprenden efectos jurídicos muy heterogéneos que indiscutiblemente tienen una repercusión directa en la configuración de la estabilidad en el empleo. Especialmente, si se tiene en cuenta que de la aceptación de la naturaleza resolutoria del despido se desprende la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios en los casos de despido *improcedente*.



**1.2.1.- El despido como un supuesto de resolución del contrato por incumplimiento grave y culpable y crítica a las tesis alternativas a la lógica resolutoria.**

**1.2.1.1.- Premisa de partida: despido = a resolución por incumplimiento grave y culpable.**

Como premisa de partida, pero con el compromiso de no resultar reiterativo, una breve exposición a modo de resumen de la tesis mantenida a lo largo de este estudio respecto de la naturaleza jurídica del despido: en primer lugar, se parte de lo que se ha denominado concepción *restrictiva* del concepto de *despido*, esto es, sólo referido a los supuestos de incumplimiento grave y culpable del trabajador y conceptualmente subsumible en un supuesto de resolución del contrato, *ex art.* 1124 CC<sup>169</sup>. De lo que sigue que el resto de circunstancias que motivan la resolución del contrato, no derivadas del incumplimiento grave y culpable del trabajador, no pueden calificarse como *despido*, sino que son resoluciones por incumplimiento contractual que deben reconducirse hacia la imposibilidad objetiva o bien hacia la excesiva onerosidad.

En lo relativo al cauce procedimental, la regulación del despido en la normativa laboral no es más que una derivada del régimen resolutorio previsto en el art. 1124 CC. Precepto que habla de la “facultad de resolver las obligaciones”, lo que quiere decir que reconoce una acción de resolución, esto es, un derecho potestativo, desprovisto de toda concepción sancionatoria, e incardinable en la idea de “conmutabilidad” de las obligaciones recíprocas<sup>170</sup>. Sin que, por otra parte, de la literalidad deba extraerse imperiosamente que para que la resolución acontezca sea exigible la demanda judicial, sino que puede canalizarse a través de una resolución extrajudicial (MONTÉS PENADÉS, PINTÓ RUIZ Y ÁLVAREZ VIGARAY). En ese caso, la resolución podrá acontecer bien como una resolución convencional o bien como una resolución por decisión del acreedor. En este segundo supuesto, la parte que resuelve debe notificar a la otra su decisión de dar por resuelto el contrato. Y, en tal caso, la decisión tendrá carácter constitutivo. De todos

---

<sup>169</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 59 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA. *Ineptitud, despido y desempleo*, *op. cit.*, p. 11; y *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 151 y 152; BLASCO SEGURA. *El despido disciplinario en el Estatuto de los Trabajadores*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980), Madrid, 1981, p. 311; y *El despido disciplinario en la nueva normativa laboral*. REDT n° 5, 1980, p. 40 y 41; RAYÓN SUÁREZ. *Consideraciones en torno a algunos aspectos de la regulación del despido en el Estatuto de los trabajadores*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p. 412; GARCÍA LÓPEZ. *Consideraciones en torno a la figura del despido*. RPS n° 143, 1984, p. 50 y ss.; HERRERA DUQUE. *Sobre el concepto de despido en la doctrina y la jurisprudencia: precisiones terminológicas*. DL n° 41, 1993, p. 334 y 335; MOLERO MANGLANO. *La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores a la luz de su primer tratamiento judicial*. AL 1995 - II, p. 450; ARCE. *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 22; TUDELA CAMBRONERO. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 461; y DURÁN LÓPEZ. *El despido objetivo: causas, forma y efectos*. REDT n° 100, 2000, p. 1093.

<sup>170</sup> PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 338.

modos, para el caso de que la contraparte no se allane ante la decisión del acreedor, deberá acudir a la vía judicial para que los Tribunales declaren si la resolución ha sido o no procedente. En tal caso, la sentencia que decreta la resolución es simplemente declarativa y no constitutiva (MONTÉS PENADES)<sup>171</sup>. De hecho, en la actualidad, como recoge SAMPEDRO CORRAL, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) ha admitido reiteradamente que el contrato puede ser resuelto unilateralmente por virtud de una declaración unilateral de voluntad, de modo que no es preciso, para producir plenos efectos, obtener una declaración judicial previa. Esto implica, que “la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama, simplemente, la procedencia de la ya operada”<sup>172</sup>.

Si se acepta que la resolución contractual en el Derecho común se conceptúa en estos términos, no cabe duda que el régimen jurídico del despido previsto en el Derecho del Trabajo actual encaja perfectamente en su seno. Lo que no quita que, como se analizará, el ordenamiento jurídico laboral prevea algunas reglas específicas con el fin de adaptar esta institución a las particulares características del contrato de trabajo por cuenta ajena; como, por ejemplo, la imposición de ciertas formalidades con el fin de potenciar la seguridad jurídica y la tutela de los intereses del trabajador; bien, la limitación del plazo para impugnar la decisión empresarial a fin de dar seguridad al tráfico jurídico, incluso, en los supuestos en los que el negocio jurídico en que consiste el despido pueda calificarse como absolutamente inexistente; o bien, la alteración de las *tradicionales* posturas procesales<sup>173</sup>.

Admitiendo la aplicación de la lógica resolutoria al despido, siguiendo el planteamiento de MONTROYA MELGAR ya expuesto, si la resolución del contrato es injustificada, el negocio jurídico en que consiste la manifestación de voluntad del empresario dirigida a extinguir el contrato deberá calificarse como un “negocio ‘infundado’ o ‘improcedente’”, en cuanto que la actuación de su causa se ha producido al margen de los concretos móviles asignados a la extinción por el Derecho”; sin que ello afecte a la causa del negocio (función extintiva) que

---

<sup>171</sup> Destacando la naturaleza declarativa de la sentencia de despido, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, *op. cit.*, p. 110. En términos similares, DURÁN LÓPEZ. *Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo*, *op. cit.*, p. 362 y 363; y ROMÁN VACA. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 365.

<sup>172</sup> SAMPEDRO CORRAL. *Extinción causal del contrato a instancia del trabajador*. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994, p. 252 y 253; y *La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador*, *op. cit.*, p. 32 y 33. *Vid* también, ALBIOL MONTESINOS. *La resolución del contrato de trabajo por el trabajador*, *op. cit.*, p. 149 y ss.; y GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 75 y 76. DE SOTO RIOJA también parece reconocer esta posibilidad. DE SOTO RIOJA. *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento*, *op. cit.* (versión digital).

No obstante, la doctrina jurisprudencial en base a la declaración del art. 56.7 TRET (“El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo”) mantiene otro criterio. Para las SSTs 20 de junio y 17 de mayo 2000 (RJ 7172 y 5160); y 7 y 21 de diciembre 1990 (RJ 9760 y 9820), el mero acto del despido extingue el contrato de trabajo sin que deba esperarse a la resolución judicial para que dicha resolución se produzca. De modo que el contrato “vuelve a nacer” con ocasión de la readmisión si acontece.

<sup>173</sup> *Vid.* al respecto, CHOCHRÓN GIRÁLDEZ. *El proceso de despido: de la demanda a la sentencia*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos, Madrid 2004, p. 211 y 212.

permanece. Es decir, el ordenamiento jurídico – utilizando la terminología de BETTI - establece la “inefectividad” del despido a no ser que concurran las circunstancias legalmente establecidas (justa causa y/o requisitos formales). Si no concurren, el negocio jurídico en que consiste la decisión empresarial carece de todo efecto (nulidad *ex tunc*), porque al no concurrir los requisitos legales carece del presupuesto de validez. Por tanto, la decisión extintiva se reputa como inexistente, por lo que el contrato debe seguir el curso pactado. Efecto que es propio de las resoluciones que reciban la calificación de nulidad o de improcedencia, con independencia de si efectivamente se acaba readmitiendo o no al trabajador<sup>174</sup>. Por lo que, mientras se resuelve judicialmente esta cuestión, debe entenderse que el contrato permanece, empleando los términos de MARTÍN VALVERDE, en una situación de “letargo hasta tanto no llegara el pronunciamiento jurisdiccional”<sup>175</sup>. Y la sentencia judicial, sea cual sea el sentido del pronunciamiento siempre tendrá naturaleza declarativa y para los supuestos de nulidad e improcedencia, además, de condena<sup>176</sup>.

En tal caso, si se estima que la decisión de despedir del empresario injustificada no produce efectos, por consiguiente el trabajador no ha prestado sus servicios por motivos imputables al empresario, y por ello debe abonarle el salario por el tiempo de inactividad (porque ha incurrido en mora)<sup>177</sup>. O, de otro modo, se puede afirmar que no se ha producido un efectivo “incumplimiento contractual”, sino un “mero retraso en el cumplimiento” culpable. Por consiguiente, el empresario incurre en mora (art. 1100 CC)<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> En términos similares, aunque sólo circunscribiéndolo a los supuestos de nulidad o de improcedencia en los que se opte por la readmisión, **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 481.

<sup>175</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *El efecto extintivo del acto de despido disciplinario*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 21. Autor que, conviene advertir, no es partidario de la tesis que se defiende en este trabajo.

<sup>176</sup> En cambio, la doctrina laboral defiende que si el despido es procedente, la sentencia judicial es declarativa. En cambio, si es improcedente, la sentencia es constitutiva, y si es nulo, es declarativa y de condena. **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 226. Para GIL Y GIL el efecto extintivo se produce mediante la sentencia constitutiva, **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>177</sup> En términos similares, **GÁRATE CASTRO**. *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación*. RL 2003 – I, p. 283 y 294. *Vid.* también Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. MARÍN CORREA a la STS 14 de abril 1997 (RJ 4222). Corroborando este planteamiento, el art. 282.a) TRLPL exige que el empresario abone al trabajador su salario con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en debida forma. Por este motivo, siguiendo el parecer de un sector de la doctrina, la actualización del salario (o lo que se ha venido a denominar “dinamicidad” del salario), debería predicarse no sólo en los supuestos de ejecución en sus propios términos, sino también en los previstos en los arts. 276 a 279 y 295 a 300 TRLPL. *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>178</sup> *Vid.* al respecto *supra*; y *cf.* **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, *op. cit.*, p. 63 y ss.; **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*. ACARL, 1995, p. 195 a 197; y *Cuestiones de interés sobre la ejecución definitiva de sentencias de despido: los salarios de tramitación*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 408; y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo*. RDS nº 29, 2005, versión digital (TOL 662387), p. 3.

Si bien es cierto que el art. 1124 CC concede un “derecho de opción” al sujeto cumplidor (cumplimiento específico de la obligación o indemnización), el Derecho del Trabajo, en aras a la estabilidad en el empleo, altera esta fórmula obligando al empresario al cumplimiento específico, esto es, a readmitir y cumplir con lo pactado (o, de otro modo, impidiendo que el trabajador pueda elegir cuál de las dos opciones más le conviene). De hecho, en la actualidad, al igual que en otros precedentes normativos de la historia del Derecho del Trabajo español, el derecho sustantivo parece optar prioritariamente por la readmisión (así lo corroboran los apartados 3 y 4 del art. 56 TRET)<sup>179</sup>.

Debiéndose entender que, primero, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, y la evolución histórica analizada así lo corrobora, la indemnización legal tasada no es más que la transformación automática del objeto de la obligación específica (esto es, la readmisión y el consiguiente cumplimiento de lo pactado). La cuestión es que, pese a que técnicamente no puede entenderse que concurra propiamente una “*elección del deudor*”, en la práctica, al considerarse (discutiblemente) que se trata de una obligación infungible, supone el reconocimiento implícito de una “opción entre dos obligaciones” (por lo que la concreción de la obligación que debe cumplirse está supeditada a la libre decisión del deudor<sup>180</sup>). A partir de este planteamiento, el Derecho del Trabajo, inspirado por planteamientos pragmáticos y de economía procesal, opta finalmente por dar cobertura jurídica a este proceder, reconociendo un “derecho de opción” (lo que supone una utilización impropia o desnaturalizada del concepto<sup>181</sup>).

Con este fin, se decide transformar la obligación de hacer en una obligación líquida para el caso de que el empresario incumpliera la primera (1908 y 1912); pero, ante la constatación que esta regla no impide la dilatación del proceso, más tarde se decide transformar

---

<sup>179</sup> Este elemento normativo evidencia que la opción prioritaria del legislador sigue siendo la readmisión. Lo cual seguiría corroborando (sin desviarse, por tanto, del *iter* histórico analizado) que la compensación legal tasada es una consecuencia de la transformación de la obligación de readmitir. Con anterioridad al art. 56.3 TRET, esta norma estaba recogida en el art. 56.2 ET<sup>80</sup> y art. 37.2 RDLRT<sup>77</sup> (aunque no era así ni en el Decreto de 1956, ni en la LPL<sup>58</sup>, LPL<sup>63</sup>, LPL<sup>66</sup> y la LPL<sup>73</sup>). Como se afirma en el Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Marín Correa a la STS 14 de abril 1997 (RJ 4222) “aunque la fórmula legal sea la de opción, es claro que el espíritu de la norma consiste en que la obligación empresarial, consecuencia del despido injusto, es la restauración del contrato en los mismos términos anteriores al despido”.

De hecho, como afirma RIERA VAYREDA, el ejercicio de la acción de despido “tiene por finalidad principal la reconstrucción del vínculo laboral”. RIERA VAYREDA. *El despido nulo*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 43. Por lo tanto, no puede afirmarse con rotundidad, como sostiene MONTOYA MELGAR, que “la indemnización no opera como consecuencia subsidiaria de la falta de readmisión, pues ambos deberes, en cuanto alternativos, se sitúan en posición de completa igualdad”. MONTOYA MELGAR. *El despido improcedente y sus efectos*, op. cit., p. 523. O, como asevera GORELLI HERNÁNDEZ, que “al poder elegir el empresario entre la readmisión o la indemnización, se manifiesta claramente que el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores no introduce una regulación tendente a hacer decaer la extinción”. GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 66 y 67. Por su parte, GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO entienden que esta preferencia legislativa por la readmisión no denota una jerarquización. GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, op. cit., p. 765 y 766.

<sup>180</sup> A pesar de las reticencias de la doctrina civil. *Vid.* al respecto, Díez-Picazo y Ponce de León. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 680; y *supra*.

<sup>181</sup> GONZÁLEZ VELASCO y VIVES USANO. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, op. cit., p. 764 a 766.

(*ex lege*) la obligación *in natura* por el *id quod interest* transcurrido un determinado plazo (1928); y, finalmente, ante la constatación de que esto tampoco eliminaba los factores que podían provocar la prolongación del proceso, el Legislador decide reconocer de forma expresa la posibilidad de optar entre la ejecución de la prestación específica o por equivalente (1931).

En definitiva, teniendo en cuenta esta secuencia, la regla contenida en la LCT<sup>31</sup> (fuente originaria de la regulación actual) no es más que una derivada de lo previsto en las normas procesales civiles y del derecho – por llamarlo de algún modo - “pre-laboral” (cuyo “*factor precipitante*”, conviene reiterar, es el principio de economía procesal)<sup>182</sup>. Y, desde esta perspectiva, se comprende, desde un punto de vista técnico-jurídico, el motivo por el que es el empresario el que por defecto ostenta la facultad de elección.

En segundo lugar, aceptando que la opción del Legislador es la prestación *in natura*, se colige, como ya se ha expuesto, que la indemnización legal tasada prevista en el TRET para el despido improcedente no es más que el *id quod interest*. De hecho, el contenido de los arts. 279.2.b) y 284 TRLPL y las dificultades para aceptar que se otorguen dos indemnizaciones de daños y perjuicios por un mismo ilícito contractual también contribuyen a corroborar esta afirmación.

Como sustento de este planteamiento, debe repararse que ésta es la lógica que opera en todo el proceso ejecutivo y la doctrina, jurisprudencia y doctrina judicial lo asumen pacíficamente<sup>183</sup>. Luego, resulta ciertamente difícil sostener que la indemnización legal tasada prevista en las normas sustantivas tiene una naturaleza jurídica diferenciada que la indemnización legal tasada prevista en las normas procesales para los supuestos en los que el empresario, pese a optar por la readmisión, no lo ha hecho o bien lo ha hecho irregularmente. Por consiguiente, parece lógico defender que lo previsto en el Derecho sustantivo es lo mismo que lo que se describe en el procesal y lo que sucede, en puridad, es que las normas sustantivas,

---

<sup>182</sup> En este sentido no está de más reiterar que la prestación por equivalencia, no significa – en ningún caso - que el empresario tenga reconocido un derecho de opción ni el débito indemnizatorio implica el nacimiento de una nueva obligación. Más que de opción en favor del deudor, hay que hablar de *transformación* de la obligación en obligación indemnizatoria (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN). En consecuencia, no nace una nueva obligación, sino que lo que opera es un *cambio en el objeto*, sin que ello implique una modificación de la obligación principal, dado que los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable (BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS).

<sup>183</sup> De hecho se afirma que “las opciones sobre las consecuencias de la ilicitud del despido se han adoptado en la norma material y han permitido alterar notablemente el régimen jurídico del despido disciplinario sin apenas retocar el de la ejecución de las sentencias”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 471. *Vid.* también en la doctrina, entre otros, ORTIZ LALLANA. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*; y BLASCO PELLICER. *El régimen procesal del despido*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 285. Y, por poner un ejemplo en la doctrina judicial, la STSJ Cantabria 22 de septiembre 2004 (AS 2747) declara que en virtud del art. 279 TRLPL, “en definitiva, se pasa de la ejecución específica a la ejecución por sustitución”.

De hecho, SALINAS MOLINA – siguiendo la doctrina del Auto TC nº 354, 17 de noviembre 1982 (RTC 354 AUTO) -, afirma que “la ejecución en sus propios términos – junto con el, ya examinado, derecho a la obtención del cumplimiento de la obligación principal en forma específica o su sustitución por equivalente -, el derecho del ejecutante a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, no sólo en el ya examinado supuesto de incumplimiento total o parcial, en su caso, sino también, siempre que el ejecutado en el cumplimiento de sus obligaciones, objeto de la ejecución, incurra en dolo, negligencia o morosidad o cuando de cualquier modo contraviniera el tener de aquéllas”. SALINAS MOLINA. *La Ejecución en la jurisprudencia constitucional*. En “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Dir. Folguera Crespo). CDJ XVII, 1996, p. 43 y 44.

en aras a la economía procesal, están previendo una “especie” de “ejecución extrajudicial”, que trata de evitar la intervención de los órganos judiciales; y para el caso de que no prospere, las normas procesales articulan un proceso ejecutivo ordinario (que comprende vías de ejecución extrajudicial y, por supuesto, también judicial).

En cualquier caso, si se acepta la indemnización legal tasada es la prestación por equivalente, nada debería impedir que el trabajador pudiera reclamar una indemnización de daños y perjuicios, tal y como prevé el art. 1124 CC (aplicado a estos supuestos en tanto que el Derecho del Trabajo – norma especial - sólo se refiere a la prestación por equivalente y nada específica en cuanto a la posible reclamación de daños y perjuicios, por lo que debe acudir a la norma general – Derecho común). Aspecto sobre el que nos detendremos posteriormente con más detalle.

Sin embargo, como se ha analizado, a pesar de la obligación a cumplir la obligación específica, el Legislador español tradicionalmente ha sido (excesivamente) proclive a facilitar el cumplimiento por equivalente (en aras a favorecer la rápida y económica restitución del daño sufrido por el trabajador y, probablemente también, a proteger los intereses del empresario). Ahora bien, no sería adecuado interpretar que esta posibilidad de cumplir por equivalente y las medidas dirigidas a agilizar esta obligación, deban interpretarse como una “evidencia” de la reconceptualización de la noción de despido y su “desubicación” de la lógica resolutoria. Ni mucho menos, pues, son aspectos que, desde la perspectiva de un estricto análisis jurídico-positivo, responden a cuestiones claramente diferenciadas. El pormenorizado análisis de la evolución legislativa de la institución ha permitido seguir el *iter* jurídico-positivo que ha sufrido a lo largo del tiempo y ofrece elementos suficientes para corroborar la tesis que se defiende.

En relación a los efectos derivados de la resolución propiamente, volviendo a citar a BETTI, conviene tener presente que “lo que se resuelve no es el negocio jurídico con todos sus efectos, sino la relación contractual, de tal modo, que, entre las mismas partes de la relación, pese a que la resolución despliega, por principio, efecto retroactivo, no se extienden sus consecuencias a las prestaciones ya efectuadas en el ámbito de un contrato de ejecución continuada o periódica”<sup>184</sup>.

Por otra parte, a pesar de que la acción resolutoria está sometida a la prescripción y el despido a un plazo de caducidad, tampoco desvirtúa la tesis que se defiende, pues, este tratamiento positivo diferenciado entre el Derecho común y el Derecho del Trabajo tiene su

---

<sup>184</sup> BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., p. 433. Criterio que como se ha expuesto es seguido por la jurisprudencia civil y por un numeroso sector de la doctrina, MONTÉS PENADÉS. *Artículo 1124*, op. cit., p. 1186, 1187 y 1246 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY. *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, op. cit., p. 419 y ss.; PANTALEÓN. *Resolución por incumplimiento e indemnización*, op. cit., p. 1154 y 1155; y MOSCO. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, op. cit., p. 110, 111, 287 y ss. Y, en el ámbito laboral, SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 56 y 57; SANTORO-PASSARELLI. *Nociones de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 210 y 211; ABELLA MESTANZA. *Despidos especiales por razón de las personas*, op. cit., p. 68 a 70; y GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 76.

origen en la controvertida STS 7 de enero 1941<sup>185</sup> y, posteriormente, en una determinada decisión de política legislativa<sup>186</sup>.

### **1.2.1.2.- Crítica a las objeciones planteadas a la validez de la naturaleza resolutoria del despido.**

No obstante, esta tesis tiene en la actualidad numerosos retractores. En primer lugar, un amplio sector de la doctrina – encabezada por ALONSO OLEA -, abogan por una definición de la institución con “perfiles amplios”. Concretamente, se entiende por *despido* toda resolución del contrato por voluntad unilateral del empresario, por tanto, con independencia de cuál sea su causa<sup>187</sup>. Y el criterio jurisprudencial *post-franquista*, por otra parte, ha tendido a una concepción *amplia* de la institución del despido<sup>188</sup> (extendiéndose, por ejemplo<sup>189</sup>, a los supuestos de extinción del contrato motivada por la jubilación forzosa del trabajador<sup>190</sup>), con el propósito de procurar la defensa del trabajador, básicamente desde una perspectiva procesal (especialmente,

<sup>185</sup> Ar. 21. *Vid.* al respecto nota *supra*.

<sup>186</sup> Pues, como se sabe, dicho criterio, finalmente, se incorporará al texto de la LCT<sup>44</sup> (art. 82).

<sup>187</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 9. En el mismo sentido, DEL PESO Y CALVO. *La estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 183; LÓPEZ MOSTEIRO. *La Directiva comunitaria 75/129, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, Madrid 1993, p. 813; APALATEGUI ASÚA y DE ISASA NAVARRO. *El despido laboral y su novísima regulación*. Madrid 1959, p. 31; DURÁN LÓPEZ. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*, op. cit., p. 86; GONZÁLEZ ORTEGA. *La ineptitud como causa de despido y su realización con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral*, op. cit., p. 204; GARCÍA FERNÁNDEZ. *Autorización administrativa e intervención judicial en los despidos por causas económicas*, op. cit., p. 340; GOÑI SEIN. *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, op. cit., p. 416 y 417; SENRA BIEDMA. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, op. cit., p. 248; CABEZA PEREIRO. *El despido tácito*. REDT n° 64, 1994, p. 297; APARICIO TOVAR. *El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al sindicato*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). *Ibidem*. Madrid, 1995, p. 175 y 176; FOLGUERA CRESPO. *Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales*. AL 1995 - I, p. 1; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *El despido en la jurisprudencia constitucional*. En “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Dir. Folguera Crespo). CDJ XVII, 1996, p. 114; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 25 y 26; ALAMEDA CASTILLO. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., p. 161 y 162; OJEDA AVILÉS. *Configuración del despido colectivo*, op. cit., p. 482; IGARTUA MIRÓ. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, nota 1, p. 445; BAYLOS GRAU. *Por una (re) politización de la figura del despido*, op. cit., p. 9; y ARIAS DOMÍNGUEZ. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 18.

Otros autores han propuesto otros planteamientos. Así, CARRO IGELMO sistematiza todo el sistema extintivo en función de la existencia de voluntariedad o no en la decisión empresarial. En su opinión, sólo puede hablarse de *despido* cuando emana de un “acto unilateral de la voluntad del empresario”. Por lo tanto, a *sensu contrario*, no se puede hablar de despido en los supuestos extintivos motivados por fuerza mayor o crisis laboral o económica, porque precisamente no interviene este elemento. CARRO IGELMO. *El despido justo*, op. cit., p. 36 y 37.

<sup>188</sup> La STS 24 de mayo 1995 (RJ 4001) afirma que “la expresión despido no debe entenderse en principio constreñida al de origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de éste”. Ente otras, SSTS 23 de diciembre 1996 (RJ 9839); 26 de febrero 1990 (RJ 1912); 9 de abril 1990 (RJ 3438); y 27 de julio y 23 de octubre 1993 (RJ 5992 y 8060).

<sup>189</sup> Una enumeración más detallada de otros supuestos en, GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 100; y CRUZ VILLALÓN. *Régimen jurídico del despido nulo*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ, Madrid, 1992, p. 86 y ss.

<sup>190</sup> Entre otras, SSTS 2 de marzo 1992 (RJ 2046); y 23 de diciembre 1996 (RJ 9839).

en los denominados “*despidos atípicos*”), aunque ello ha motivado una serie de inconvenientes, sobre todo, con respecto a la fijación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad<sup>191</sup>.

Lo cierto es que, en la actualidad, la terminología empleada por el TRET, el TRLPL y el TRLGSS no resulta nada clarificadora al respecto; o, mejor dicho, está plagada de imperfecciones desde un punto de vista de técnico-jurídico. En efecto, mientras que el art. 51 TRET habla de “*despido colectivo*”, refiriéndose a la extinción del contrato por causas no inherentes a la persona del trabajador, el art. 52 TRET, para el mismo supuesto extintivo, habla de “extinción del contrato por causas objetivas”. En cambio, el art. 54 TRET habla de “despido disciplinario”. Por su parte, el art. 208.1.d) TRLGSS, habla de “despido por causas objetivas”. Y, el art. 295 TRLPL distingue entre el “despido” y la “decisión extintiva de la relación de trabajo”.

De hecho, desde la perspectiva que se defiende en este trabajo, la redacción del ET’80 resultaba más precisa que la actual. El art. 51 ET’80 hablaba de “extinción por causas económicas y tecnológicas y fuerza mayor”; y el art. 52 ET’80 ya recogía los términos “extinción del contrato por causas objetivas” (aunque al final del apartado c) se establecía que “el trabajador *despedido* tendrá preferencia absoluta para ocuparla”). Finalmente, el art. 54 ET’80, con precisión, reservaba el término “despido” a los supuestos recogidos en el art. 54 ET’80, esto es, incumplimientos imputables del trabajador. Incluso la Ley 51/1980 Básica de Empleo, en su art. 17.a) calificaba como una situación legal de desempleo a “quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su ocupación por causas a ellos no imputables”<sup>192</sup>.

Derivado de lo anterior, un sector de la doctrina laboral no admite que el despido pueda equipararse a un supuesto resolutorio. En este sentido, son numerosas las objeciones que se han vertido y, también, lo son las tesis alternativas que se han propuesto. Sin pretender realizar una pormenorizada exposición de todas y cada una de ellas, a continuación, se analizan las más relevantes así como sus principales argumentaciones.

Como premisa de partida, un sector de la doctrina estima que si se aceptara la aplicabilidad de la lógica resolutoria al despido, “la lógica interna del artículo 1124 reclamaría la configuración – con arreglo al derecho común de los contratos, se insiste – del ‘despido propuesta’, entendiendo por tal la facultad unilateral del empresario de ‘pedir’ judicialmente la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento grave y culpable del trabajador”<sup>193</sup>. En este sentido, otros autores manifiestan que “sostener hoy que no es el acto empresarial de

---

<sup>191</sup> *Vid.* a propósito, **GARCÍA MURCIA**. *Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales*. REDT n° 52, 1992, p. 194 y ss.; y **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, *op. cit.*, p. 27 y ss.

<sup>192</sup> **GARCÍA LÓPEZ**. *Consideraciones en torno a la figura del despido*, *op. cit.*, p. 58 a 63.

<sup>193</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 351; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La extinción del contrato por voluntad del trabajador*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992, p. 143; y **DURÁN LÓPEZ**. *Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo*, *op. cit.*, p. 365.



despido el que extingue la relación laboral, sino que tal función compete, en vía litigiosa, al juzgador, equivale a retrotraernos a la época anterior al Decreto de 20 de octubre 1956, en la que las Reglamentaciones de Trabajo consagraban la fórmula jurídica de que el empresario proponía la declaración de despido al Magistrado de Trabajo, a quien competía en definitiva decidir la extinción de la relación”<sup>194</sup>. A nuestro entender, estas objeciones parten de una concepción sesgada de la institución de la resolución en el Derecho común español. Según esta corriente de pensamiento, la resolución sólo tiene carácter judicial, sin embargo, como se ha visto, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala 1ª, así como la doctrina civil más autorizada han reconocido que también tiene naturaleza extrajudicial.

A pesar de lo apuntado, y como consecuencia del rechazo a la calificación del despido como un supuesto resolutorio, la doctrina ha planteado otras alternativas a la institución resolutoria, que pasamos a exponer en dos apartados diferenciados (a.- y b.-)<sup>195</sup>.

a.- Un sector (encabezado por RODRÍGUEZ-PINERO), por influencia del Derecho alemán y en base a la tesis de la eficacia originaria extintiva del acto empresarial, entiende que el término “despido” no puede calificarse como una resolución por incumplimiento, porque “la noción de justa causa se extiende más allá de los supuestos de incumplimiento del trabajador, y no se puede partir del incumplimiento para construir el concepto de justa causa”<sup>196</sup>. En definitiva, se sostiene el carácter no causal (o *acausal*) del despido<sup>197</sup> y que el empresario tiene un poder de despedir, esto es, un poder de extinguir la relación de trabajo por su acto de voluntad, con eficacia originaria (equiparándose, en definitiva, al *recesso*, *keündigung*)<sup>198</sup>. Extremos que no pueden compartirse y que han sido refutados extensamente con anterioridad, por lo que para no resultar reiterativo nos remitimos a lo expuesto<sup>199</sup>.

Sin embargo, este criterio ha cuajado en la jurisprudencia<sup>200</sup>. En concreto, se defiende la “naturaleza extintiva del acto empresarial del despido”. De lo que se colige que “la relación

---

<sup>194</sup> MONTROYA MELGAR. *El despido improcedente y sus efectos*, op. cit., p. 516.

<sup>195</sup> Aunque algunos autores, adoptando – a nuestro juicio – una postura irreconciliable, después subsumir el despido dentro de las facultades sancionadoras del empresario, reconocidas en el art. 58 TRET, también afirman su conexión con la facultad resolutoria ex art. 1124 CC. GÓMEZ GORDILLO. *Art. 54.1 ET*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 34 y 35.

<sup>196</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 31; y *La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo*, op. cit., 1980, p. 244 y ss. En términos similares, SEMPERE NAVARRO. *Diferencias entre tiempo de salarios de tramitación y de prestación de servicios. Comentario a la STS de 21 de octubre de 2004*. ASoc nº 30, 2004, versión digital (BIB 2005\245).

<sup>197</sup> Recuérdese que, en palabras de RODRÍGUEZ-PINERO, “el despido es un negocio jurídico abstracto. Ahora bien, esta última afirmación debe aceptarse siempre que la referencia al negocio jurídico abstracto no se haga 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”. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 43 y 44.

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 41 y 42; y ORTIZ LALLANA. *Causas, forma y efectos del despido disciplinario*. REDT nº 100, 2000, p. 1114 y 1115.

<sup>199</sup> *Vid. supra* Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV.

<sup>200</sup> Por todas, STS 20 de junio 2000 (RJ 7172).

laboral a consecuencia del acto de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular”. Aseveración fundamentada a partir de varios elementos, agrupables en dos bloques. Por un lado, se afirma que así se desprende de lo previsto en los arts. 49.11 ET’80 y 54.1 TRET, el art. 3 Convenio nº 158 OIT, la STC nº 3, 12 de marzo 1987<sup>201</sup>, y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo.

Por otra lado, para corroborar esta tesis se aportan dos argumentos más: primero, la nueva redacción del art. 55.7 TRET, pues, “‘a contrario sensu’ significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido”<sup>202</sup>; y, segundo, la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación.

En cuanto a la primera batería de argumentos cabe objetar que su aceptación comportaría la asunción de que el despido tiene eficacia originaria extintiva y que, en definitiva, es un negocio jurídico acausal. Por otra parte, en la redacción del art. 49.11 ET’80 (hoy 49.1.k TRET) y del art. 54.1 TRET no se desprende elemento jurídico alguno que permita sostener la eficacia originaria del despido. Ni mucho menos. Simplemente se afirma que el despido, esto es, el incumplimiento grave y culpable, es motivo suficiente para provocar la ineficacia del contrato de trabajo.

En cuanto al segundo bloque de argumentos, también pueden exponerse algunas objeciones. En cuanto al art. 55.7 TRET (y el art. 109 TRLPL), asumida la eficacia originaria del despido, para el TS de su interpretación extrae que la no convalidación “restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido”. Sin embargo, de la aceptación (lógica) de que la ausencia de causa o defecto de forma comporta la no convalidación del despido, no se desprende automáticamente que sea un efecto de la sentencia el “renacimiento” del contrato. Se echa en falta un eslabón en la secuencia argumentativa propuesta por el TS que lo justifique. Por otra parte, resulta cuanto menos forzado entender la decisión unilateral de una de las partes sea suficiente para perfeccionar un contrato inicialmente extinguido (obviando la voluntad de la contraparte).

A nuestro entender, partiendo de la base de que el despido no tiene eficacia originaria, la interpretación que debe atribuirse al art. 55.7 TRET, “a contrario sensu”, es simplemente que

---

<sup>201</sup> Pronunciamiento en el que, por cierto, el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER es Magistrado.

<sup>202</sup> En este sentido, **MARTÍN VALVERDE**. *Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido libre*. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996, p. 156: “de acuerdo con la dicción del precepto [el art. 55.7 TRET], la extinción de la relación de trabajo se produce ya con el despido, sea cual sea su calificación, y los efectos de la calificación jurisdiccional operan por tanto sobre esta base de partida. La calificación de procedencia ‘convalidará la extinción del contrato de trabajo’, como se afirma literalmente en el mismo precepto. La calificación de improcedencia abre el camino para el ejercicio de la opción entre readmisión e indemnización por quien corresponda, que es el empresario, salvo en el despido de un representante de los trabajadores. Por su parte, la calificación jurisdiccional de nulidad restablece o reanuda, soldándola o haciéndola ‘renacer’, una relación contractual que estaba rota porque la decisión empresarial precedente; los efectos de esta soldadura o restablecimiento se producen, por tanto, ‘ex nunc’ y no ‘ex tunc’”.

la sentencia “no convalida” la decisión empresarial. Por consiguiente, aunque no se especifique en la norma, debe entenderse como no hecha (y, por tanto, carente de efectos *ex tunc*)<sup>203</sup>. Interpretación lógica si se acepta el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria reconocida al empresario y, por consiguiente, la naturaleza declarativa de la sentencia.

Por otra parte, conviene tener presente que en los supuestos en los que el empresario opta por la readmisión pero no la efectúa o lo hace irregularmente, es el Juez el que “declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución” (art. 278.2.a TRLPL)<sup>204</sup>.

En cuanto a los salarios de tramitación, sin extenderse al respecto por el momento, es ciertamente discutible que pueda defenderse su naturaleza indemnizatoria y, por consiguiente, que este argumento sea válido para sustentar esta tesis.

Otros autores, muy próximos a este planteamiento, desentendiéndose del sistema de causalidad hablan directamente de la existencia de un verdadero “desistimiento”<sup>205</sup>. Interpretación que ha tomado un cierto impulso a raíz de la reforma operada por la Ley 45/2002, 12 de diciembre, sobre Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Como se sabe, entre otros aspectos, esta reforma modifica el art. 56.2 TRET, abriendo una vía para la reducción de los salarios de tramitación, siempre que el empresario reconozca la improcedencia del despido dentro de las 48 horas siguientes a la extinción y deposite el importe de la preceptiva indemnización en el Juzgado de lo Social. Como es bien sabido, con este cambio no sólo se pretende reducir el importe de la responsabilidad por mora del empresario, sino – sobre todo - reducir la litigiosidad y los costes que ésta lleva aparejados. De todos modos, de esta reforma, inspirada en el fondo en el *principio de economía procesal* (al igual que las remotas reformas de 1908, 1912, 1928 y 1931), no se infiere que se haya producido una mutación en la naturaleza jurídica del despido. No obstante, la doctrina no es pacífica, dado que un sector sostiene que a partir de diciembre de 2002 “ha adquirido carta de naturaleza el despido libre indemnizado, o, dicho de manera más rigurosa, el desistimiento empresarial como causa de extinción del contrato de trabajo”. A mayor abundamiento, se afirma que “si las consecuencias jurídicas del despido disciplinario pueden quedar limitadas a un deber de indemnizar daños y perjuicios, parece forzoso concluir que, en la práctica, la prístina

---

<sup>203</sup> En términos similares, **COSTA REYES**. *Responsabilidad de la empresa principal por salarios de tramitación tras la Ley 45/2002: ¿una reforma sin cambios?* ASoc nº 4, 2006, versión digital (BIB 2006\736).

<sup>204</sup> En términos similares, **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 222.

<sup>205</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 70 y ss.; y **LUJÁN ALCARAZ**. *¿Despido improcedente o desistimiento?*, op. cit. (versión digital); y **MARTÍN VALVERDE**. *El efecto extintivo del acto de despido disciplinario*, op. cit., p. 18 y 19. **RIVERO LAMAS** sostiene que el despido es un “acto de desistimiento unilateral del empleador, con efectos ‘ex nunc’”, que “no incide inmediata y directamente sobre el contrato en el que descansa la relación de trabajo, sino sobre la misma relación, es decir, en los efectos que se siguen a la ejecución de aquél”. **RIVERO LAMAS**. *Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, op. cit., p. 203.

diferenciación entre el despido, como acto extintivo causal, y desistimiento como acto desprovisto de causa, acaba difuminándose<sup>206</sup>.

Planteamiento que no puede aceptarse, principalmente porque, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, no podemos identificar el concepto de “despido” con el concepto “desistimiento”, porque es consustancial al desistimiento la no exigencia de un motivo que lo justifique. Mientras que, siguiendo a ALONSO OLEA, si se afirma que la decisión extintiva “ha de estar [fundada] en un hecho o acto, obviamente estamos exigiendo una fundamentación, justificación o causa al despido, y estamos sentando *ex definitione* que el despido es, efectivamente, una institución causal<sup>207</sup>.

Y, derivado de lo anterior, la exigencia de responsabilidad para el caso de que dicho motivo no concurra es el elemento que pone de manifiesto este sustancial elemento diferencial<sup>208</sup>. Si el empresario tuviera reconocida una verdadera facultad de desistir del contrato, desde un punto de vista técnico-jurídico, difícilmente podría justificarse la razón por la que es exigible un motivo para extinguir el contrato y, por consiguiente, porqué debe indemnizar (o readmitir) si no concurre<sup>209</sup>.

Corroborando lo expuesto, el hecho de que el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido no restringe las opciones del trabajador para impugnar la decisión del empresario, ni tampoco impide que los órganos jurisdiccionales analicen la legalidad de la causa alegada, pues, es posible que se declare la nulidad.

De hecho, el reconocimiento extrajudicial de la improcedencia del despido es una posibilidad que viene siendo reconocida desde 1908; y la mecánica que induce al empresario a adoptar esta decisión es la misma, tanto si se produce en el acto de conciliación, como si se produce en el instante en el que decide resolver el contrato sin causa.

Por otra parte, el hecho de que el trabajador pueda solicitar la prestación de desempleo desde el momento del despido, no significa que éste tenga eficacia originaria, sino que simplemente, a los únicos efectos de la prestación, el despido es por sí mismo causa de la

---

<sup>206</sup> **PÉREZ-BENEYTO ABAD.** *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 238 y 239. En términos similares, **RENTERO JOVER.** *Algunos aspectos de la nueva regulación del despido*. RDS nº 25, 2004, p. 19.

<sup>207</sup> **ALONSO OLEA.** *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 41 y 42.

<sup>208</sup> En términos similares, aunque sin compartir la tesis que se defiende en este trabajo – sino que se reconduce a la tesis de la *autotutela privada* –, **GIL Y GIL.** *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 73 y 74: “el requisito de la justificación del despido no pierde relevancia por el hecho de que el empresario pueda romper el vínculo, aun en ausencia de causa, y liberarse mediante el pago de una indemnización. No debe confundirse la causalidad del despido con la denominada estabilidad real de la relación de trabajo. De la necesaria existencia de una causa que justifique el despido, no se deduce que la única consecuencia jurídica sea la readmisión obligatoria del trabajador injustamente despedido. La antijuricidad puede traducirse también en el pago de una indemnización, de carácter sancionador y disuasorio” [y, también - cabría añadir -, compensatorio]

<sup>209</sup> En términos similares, **PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ.** *El despido improcedente por injustificado*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 56 y 57; y **AGUSTÍ MARAGALL.** *La causalidad en el despido disciplinario después de la Ley 45/2002. ¿La consagración legal del despido libre?* Diario La Ley nº 5809, 24 de junio 2003, versión digital (La Ley 1142/2003).

situación legal de desempleo, sin necesidad por tanto de esperar al resultado de la impugnación – si acaece<sup>210</sup>.

b.- Otros autores (GIL Y GIL) rechazan la calificación del despido como un supuesto resolutorio por incumplimiento porque presenta “ciertas particularidades” que impiden esta categorización, hasta el punto de admitir, en base a la doctrina francesa, que el despido y la resolución del contrato son dos opciones autónomas e independientes de que disponen el empresario<sup>211</sup>. Aunque luego se admita que “tal diferencia no desdibuja la identidad funcional entre ambas figuras, ni puede hacernos olvidar que una y otra permiten llegar al mismo resultado práctico”<sup>212</sup>.

En concreto, según esta tesis, en primer lugar, se afirma que en la resolución por incumplimiento no es necesario que concurren las notas de “gravedad” y “culpabilidad”; alegando que, con respecto a la “culpabilidad”, en ocasiones, es posible resolver el contrato sin necesidad de que concorra la citada nota. Y con respecto a la “gravedad”, no puede aceptarse la distinción entre la “gravedad” y “levedad” del incumplimiento, pues “introduce un elemento arbitrario en el esquema normativo”. Además, para concluir, se afirma que en la resolución por incumplimiento no es necesario que concurren tales notas, bastando con que el incumplimiento sea “esencial” – término cuya definición obtiene de ciertas normas internacionales<sup>213</sup>.

Como objeción a estos argumentos, debe recordarse que la resolución es un supuesto de ineficacia contractual, que, en puridad, responde a la existencia de un incumplimiento (“en el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”, reza el art. 1124 CC); y que, a su vez, puede estar motivado por tres “motivos determinantes” (en términos de ALONSO GARCÍA<sup>214</sup>): el incumplimiento imputable, la imposibilidad objetiva y la excesiva onerosidad<sup>215</sup>. Cada uno de ellos tiene “particularidades” que los distinguen de los demás, pero, sin embargo, tienen como denominador común que se traducen en un incumplimiento contractual y, por ende, en un motivo de resolución. A partir de este planteamiento, pretender que alguna de las

---

<sup>210</sup> BORRAJO DACRUZ. *Los salarios de tramitación: mito y realidad*. AL nº 12, 2003, versión digital.

<sup>211</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 78 y 79.

<sup>212</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>213</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 78. Según este autor, este término deriva de lo apuntado en el art. 25 de la *Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, del Principio 8103 de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* y art. 7.3.1 de los *Principios de Undroit para los contratos del comercio internacional*.

<sup>214</sup> ALONSO GARCÍA. *Ineficacia del contrato de trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento*, *op. cit.*, p. 466. Aunque este autor sólo menciona a dos: el incumplimiento de las condiciones estipuladas y la excesiva onerosidad sobrevenida. Para ALONSO OLEA, todas las causas pensables como justificativas de la resolución empresarial de resolver se reducen aquí a dos: el hecho obstativo que, definitivamente, impide el cumplimiento de las prestaciones [y que, como se sabe – y se analizará – distingue entre fuerza mayor propia e impropia]; o el incumplimiento previo y voluntario del trabajador”. ALONSO OLEA. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>215</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 7.

“particularidades” de estos “motivos determinantes” se erija en una nota característica y esencial de la “resolución”, supone confundir la parte con el todo<sup>216</sup>.

Dicho esto, si se acepta que el elemento que precipita la resolución contractual es la concurrencia de un incumplimiento, del hecho que, en ocasiones, pueda resolverse el contrato sin que concurra un hecho *inimputable*, no se desprende que el despido (calificable como un incumplimiento grave y culpable, por tanto, *imputable*) no pueda ser calificado *también* como un supuesto resolutorio<sup>217</sup>. En cambio, según GIL Y GIL, “para que el incumplimiento pueda dar lugar a la resolución, no es preciso que el incumplidor se considerado por la ley como responsable ilícito, de manera que sólo la culpabilidad pueda poner en marcha la resolución. Algunas normas que permiten la resolución, vinculan ésta a una imposibilidad definitiva de la prestación, que no presupone la culpabilidad del deudor”<sup>218</sup>. Sin embargo, lo cierto es que el despido *es una modalidad resolutoria más*, sin que aspire a copar o monopolizar la institución resolutoria. Ni, por supuesto, pueda calificarse como una alternativa autónoma e independiente a la resolución que pueda operar en paralelo. Ni mucho menos.

Por otra parte, en cuanto a la “gravedad”, a nuestro entender, no puede descartarse por el mero hecho de que sea un concepto de *textura abierta*, cuya delimitación esté condicionada a las concretas circunstancias del supuesto de hecho.

Finalmente, en cuanto a la sustitución de las notas de “gravedad” y “culpabilidad” por la de “esencialidad” del incumplimiento, en primer lugar, cabe oponer - siguiendo la misma línea argumentativa - que participa de los mismos *contornos vaporosos* (u *arbitrarios*, por emplear los mismos términos) que los achacados a los conceptos de “gravedad” y “culpabilidad”. Así pues, sin negar la validez de esta “nota de esencialidad” (pues, para ser coherentes, no basta con el hecho de que se trate de un concepto de *textura abierta* para descartarlo) - y aunque su *ascendencia* anglosajona la aleje de nuestra cultura jurídica -, lo cierto es que de ahí tampoco se deriva la inadecuación de las notas de “gravedad” y “culpabilidad”; pues, de la *definición* que los textos internacionales citados hacen del término “esencial”, probablemente, pueda extraerse la idea que se están refiriendo al “incumplimiento en términos genéricos”, sin que, por tanto, pueda entenderse que las -tantas veces citadas - notas de “gravedad” y “culpabilidad” vengan a contradecirlo o se opongan a su significado.

Tampoco puede aceptarse, como sostiene GIL Y GIL, que mientras que en la resolución “se precisa una sentencia para resolver el contrato” y en el despido “la sentencia constitutiva es

---

<sup>216</sup> En cuanto a la discusión respecto de si la resolución por incumplimiento *ex art.* 1124 CC sólo se refiere a la derivada por un comportamiento grave y culpable o si debe extenderse a otros supuestos de incumplimiento como la imposibilidad objetiva o la excesiva onerosidad *vid.* BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 54 y ss.

<sup>217</sup> En cuanto a que no procede la exigencia de culpabilidad para resolver el contrato, extensamente, *vid.* PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 372 y ss.: “el elemento culpabilidad o inculpabilidad no puede ser tomado en consideración”.

<sup>218</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 78.

necesaria para anular el acto que ha resuelto el contrato, y para reconstruir el vínculo jurídico”<sup>219</sup>, primero, porque supone constreñir la *resolución común* a la acción judicial y la sentencia judicial que la resuelve a una naturaleza constitutiva; y, segundo, porque en el caso del despido, al afirmar que sentencia tiene la función de “anular el acto que ha resuelto el contrato y para reconstituir el vínculo jurídico”, está asignando a la decisión empresarial una eficacia originaria que no tiene y convirtiendo a su decisión en un acto *acausal*<sup>220</sup>.

Siguiendo con la exposición del citado autor, el hecho de que el empresario no pueda acudir a los órganos judiciales para resolver el contrato es suficiente para descartar que el despido pueda calificarse como un supuesto resolutorio<sup>221</sup>. Sin embargo, este planteamiento no puede admitirse porque la restricción de las opciones empresariales responden a una determinada política legislativa, sin que pueda derivarse sólo por eso que el despido no deba calificarse como un supuesto resolutorio. Por otra parte, frente a este argumento también cabría objetar que, si así fuera, el hecho de que el trabajador no pudiera resolver el contrato extrajudicialmente y que sólo pueda hacerlo judicialmente (art. 50 TRET) también debería llevarnos a la misma conclusión. Extremo que lógicamente no es admisible.

### **1.2.1.3.- Crítica a las tesis alternativas a la naturaleza resolutoria del despido.**

Llegados a este punto, la doctrina que no acepta la equiparación del despido a la resolución contractual, ha tratado de dar respuesta al motivo en virtud del cual el ordenamiento jurídico habilita a una de las partes a sustraerse de lo convenido de forma unilateral. Cuestión ciertamente controvertida en el seno de esta corriente de pensamiento. Un sector lo incardina en el seno de la voluntad del empresario, como un “acto de voluntad”<sup>222</sup>; otros autores, sostienen que es una derivación de su facultad sancionadora (despido/sanción)<sup>223</sup>; y,

---

<sup>219</sup> **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 79 y 80.

<sup>220</sup> Aspectos que, paradójicamente, el propio autor defiende con anterioridad asumiéndolos como válidas. **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 71 a 77.

<sup>221</sup> **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 78 y 79.

<sup>222</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 41.

<sup>223</sup> Sosteniendo el carácter sancionador/disciplinario del despido, entre otros, **MONTOYA MELGAR**. *El despido improcedente y sus efectos*, op. cit., p. 503; **LUJÁN ALCARAZ**. *¿Despido improcedente o desistimiento?*, op. cit. (versión digital); y *Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 25; **APARICIO TOVAR**. *El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al sindicato*, op. cit., p. 195; **VÁZQUEZ RICHART**. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*, op. cit., p. 118 y ss; **DURÁN LÓPEZ**. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*, op. cit., p. 84 y 85; **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 70; **VÍQUEIRA PÉREZ**. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*. Civitas. Madrid, 1994, p. 85; **GÓMEZ ABELLEIRA**. *Las causas justas de despido disciplinario*. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 118; **ROJO TORRECILLA**. *El despido disciplinario. Concepto y causas*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992, p. 17; y **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los*

finalmente, otro sector de la doctrina lo califica como un poder, acomodado bien a la institución del desistimiento (o a alguna de sus manifestaciones derivadas), o bien, a la estructura de los actos de autotutela privada y derivado del art. 38 CE. Planteamientos todos ellos que deben rechazarse.

En cuanto a la incardinación del despido en el ámbito del poder disciplinario del empresario, un sector de la doctrina (ALONSO OLEA y SUÁREZ GONZÁLEZ, entre otros), rechaza este planteamiento, porque “el puro despido no añade ninguna consecuencia jurídica anormal, ninguna sanción, y por ello mismo no tiene, si se ha de hablar estrictamente, carácter sancionador”<sup>224</sup>. O, en otros términos, siguiendo el planteamiento de GIL Y GIL, la resolución no encuentra su fundamento en la idea de sanción, ni debe configurarse como una acción que se impone a la parte incumplidora<sup>225</sup>.

Además, si se admite que el TS ha estimado que el art. 50 TRET es una regla especial respecto del art. 1124 CC<sup>226</sup>, siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ, se desprende que “si el trabajador dispone del derecho de resolver el contrato cuando el empresario no cumpla sus obligaciones, nada puede hacer suponer que el derecho del empresario sea de naturaleza diversa, y ello lleva a la considerar ambos derechos como productos del contrato y no del poder disciplinario”<sup>227</sup>. Por consiguiente, debe colegirse que el despido, entendido como un incumplimiento grave y culpable del trabajador, también opera conforme a la lógica resolutoria<sup>228</sup>.

Por lo que, difícilmente, el fundamento de este “pretendido poder empresarial” puede derivarse del art. 38 CE, porque si así fuera, el del trabajador también tendría que derivar de dicho precepto constitucional. Asimismo, a nuestro modo de ver, no deja de ser chocante que se afirme que el fundamento de la facultad sustraerse de uno de “axiomas” del liberalismo (el principio *pacta sunt servanda*), pueda justificarse en base a otro de sus principios fundamentales: la libertad de empresa. Por otra parte, si así fuera, nada obstaría mantener esta facultad respecto de todos los contratos que celebre el empresario con otros sujetos del tráfico mercantil o bien con la propia Administración y, por lo tanto, no sólo con los trabajadores.

---

*trabajadores, op. cit.*, p. 462. Postura que, durante el franquismo, progresivamente va asentándose tanto en los textos legales (por ejemplo, en virtud del art. 2 Decreto 26 de octubre 1956 se concede a las empresas la facultad de imponer a los trabajadores “las sanciones disciplinarias de despido”) e incluso en el lenguaje común. Y que persiste en la jurisprudencia actual. *Vid.* por ejemplo, STS 20 de abril 2005 (RJ 3532). Un comentario a este pronunciamiento en,

<sup>224</sup> ALONSO OLEA. *El Despido, op. cit.*, p. 116

<sup>225</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario, op. cit.*, p. 78.

<sup>226</sup> STS 3 de abril 1997 (RJ 3047).

<sup>227</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *El concepto técnico-jurídico del despido, op. cit.*, p. 131; y *La estabilidad en el empleo, op. cit.*, p. 248 y 249.

<sup>228</sup> *Vid.* en este sentido, SSTS 4 de marzo 1991 (RJ 1822); y 29 de enero 1997 (RJ 641).



En cuanto a la equiparación del despido con el desistimiento (o con alguna manifestación derivada del mismo) es una cuestión que ha sido criticada con detenimiento al analizar la tesis de la excesiva onerosidad, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

En otro orden de consideraciones, a partir de la asunción de que la resolución extrajudicial no es posible y que el empresario *puede* despedir al trabajador, sin que sea precisa la intervención del juez, un sector de la doctrina (GIL Y GIL) califica el despido como un supuesto de *autotutela privada* (incompatible con la resolución por incumplimiento, *ex* art. 1124 CC), derivado del derecho a la libertad de empresa, cuyo fundamento sólo puede hallarse en una fuente de carácter heterónomo (la ley o el convenio colectivo) y no la institución o en el contrato; debiéndose realizar una distinción entre el “objeto” y el “contenido del contrato”, *ex* art. 1258 CC. Según este planteamiento el incumplimiento del trabajador es un “presupuesto de hecho del poder disciplinario”, esto es, un “hecho permisivo” que “posibilita el ejercicio de una situación activa de ventaja”. El despido es un negocio jurídico unilateral recepticio con eficacia inmediata, al que la Ley ha previsto la anulabilidad (si no cumple con los requisitos procedimentales y de forma exigidos); reconociendo al trabajador una acción impugnatoria (“un contrapoder”)<sup>229</sup>.

Sin embargo, este planteamiento, al igual que el que lo incardina en el poder disciplinario del empresario, debe criticarse desde el instante que se admite que su fundamento último reside en el art. 38 CE. Paralelamente, la configuración del despido como un acto de autotutela privada, suscita ciertas resistencias, desde la perspectiva del derecho de las obligaciones y de los contratos, pues, se está reconociendo una cierta supremacía a una de las partes de la relación contractual, estableciéndose una cierta relación de poder de una parte respecto de la otra, acercándose a las tesis *relacionistas*, en la actualidad ya superadas.

Tampoco puede compartirse el carácter heteronómico que defiende esta tesis. La resolución es, siguiendo a la mejor doctrina (PINTÓ I RUIZ), una facultad implícita en todo contrato, dirigida a asegurar la verdadera reciprocidad de las prestaciones, en definitiva, para guardar el equilibrio, y desprovista, como se ha apuntado, de toda connotación sancionadora. El fin de la resolución consiste, en suma, en “tratar de evitar la monstruosidad jurídica que se sigue del hecho de que en unas obligaciones recíprocas, en las que una prestación es causa de otra, una parte se halla obligada a cumplir, sin causa, sin que la otra cumpla; se trata de evitar que viva con grave perjuicio para una de las partes un sólo término del binomio ‘*do ut des*’; se trata de evitar, hablando con extraordinaria ligereza, que uno dé u no reciba”. Señalándose, además, que la existencia de esta facultad resolutoria, no sólo aparece impuesta por el sentido

---

<sup>229</sup> GIL Y GIL. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 57 a 59 y 72; y *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 82 y ss. En términos similares, aunque separándose de su fundamento constitucional - art. 38 CE - y vinculándolo directamente a la Ley y aplicándolo a las extinciones contractuales por motivos no inherentes al trabajador, DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 73 y 74

común, sino que es consecuencia del art. 1261 CC. Por lo que la resolución se presenta como una evidente norma de equidad y justicia, destinada a salvaguardar el equilibrio contractual, y, por otra parte, como una consecuencia ineludible de la estructura contractual de las obligaciones recíprocas, en la que se exige la subsistencia del elemento ‘causa’<sup>230</sup>.

Siguiendo con la exposición del citado autor, asumiendo que el contrato es ley entre las partes y la Ley exige el cumplimiento de las obligaciones al tenor del propio contrato, se colige que, “la ley apoya el contrato con todas sus consecuencias derivadas de su naturaleza”. Por lo que “será igualmente exacto que deviene de la voluntad presunta de las partes, pues en la idea de contratar va inserta la idea de obligarse al objeto de obtener una ventaja (que es lo que constituye precisamente la causa), y es en razón de ella por la que se contrata, con lo que es obvio que de no existir tal causa no querrá nadie obligarse, ni querría haberse aparentemente obligado en el momento de sobrevenir el incumplimiento”<sup>231</sup>.

Por otra parte, tampoco puede admitirse que del origen heterónimo de la facultad empresarial se derive de que al trabajador “se le exigen ciertas obligaciones que exceden del objeto contractual”, de modo que “el interés organizativo del empresario desborde el ámbito del objeto contractual”<sup>232</sup>; pues, más allá de la discusión relativa a si la prestación del trabajador sólo se refiere a la obligación de medios y no de resultado<sup>233</sup>, sin duda, tales obligaciones “extracontractuales” – en los términos de GIL Y GIL -, puedan reconducirse al concepto de la buena fe contractual o a lo que - en palabras de ALONSO OLEA - se califica como el “deber de buena conducta”<sup>234</sup>, y, por ende, al ámbito del objeto del contrato<sup>235</sup>.

- En suma, por tanto, del análisis expuesto, seguimos defendiendo la validez de nuestra tesis y, por consiguiente, afirmamos que el despido es = a la resolución por incumplimiento imputable.

---

<sup>230</sup> PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, op. cit., p. 338 y 339. En concreto, afirma que “en las obligaciones recíprocas la causa de una obligación es precisamente la prestación recíproca: si ésta última no existe, no hay causa, y si no hay causa falta uno de los elementos esenciales exigidos por el art. 1261, y la relación contractual se esfuma” (p. 342). Vid. también, MONTES PENADES. *Art. 1124*, op. cit., p. 1183 y 1184; MONTOYA MELGAR. *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, op. cit., p. 37 y 38; y ALONSO OLEA. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 42 y 43.

<sup>231</sup> PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, op. cit., p. 348.

<sup>232</sup> GIL Y GIL. *La noción de despido disciplinario*, op. cit., p. 85.

<sup>233</sup> Vid. *supra*, Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>234</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 140.

<sup>235</sup> De todos modos, como expone GARCÍA NINET, ésta es una tesis no compartida por la doctrina, pudiéndose encontrar múltiples planteamientos al respecto, recogidos a su vez por la jurisprudencia. GARCÍA NINET. *Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 168 a 174. Vid. al respecto también, IGARTUA MIRÓ. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 88.

### ***1.2.2.- El régimen jurídico-positivo del despido: análisis de los elementos que salvaguardan la continuidad del negocio jurídico.***

Una vez esclarecida la naturaleza jurídica del despido, estamos en disposición de identificar los factores de esta institución jurídico-positiva que tienen una implicación directa en la conservación del empleo.

Del análisis del régimen jurídico del despido se desprende que los principales elementos son, como se ha anunciado con anterioridad, tres. Primero, la concepción restrictiva de las causas de despido. Segundo, la previsión de una serie de formalidades, establecidas con el objeto de canalizar y monitorizar la decisión extintiva empresarial. Y, tercero, la readmisión forzosa o bien la posibilidad de sustituirla por una compensación económica en determinados supuestos de resolución injustificada o improcedente.

#### ***1.2.2.1.- Concepción restrictiva de las causas de despido.***

El régimen jurídico del despido está previsto en los arts. 54 y 55 TRET. Tratamiento sustantivo que desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo evidencian una clara pretensión del Legislador por preservar el empleo de los trabajadores, no se olvide, con una determinada intensidad – la que socialmente se estima como idónea.

Como rezan los párrafos 1º y 2º del art. 54 TRET el despido está condicionado a la concurrencia de un “incumplimiento” – añadimos – “contractual”<sup>236</sup>. Es decir, aquellos comportamientos del trabajador que incidan sobre el empresario, pero que no tienen relevancia en el denominado “programa de prestación” (HECK)<sup>237</sup> no son suficientes para fundamentarlo<sup>238</sup>.

Esta ineficacia sobrevenida se manifiesta en cuanto se constata la existencia de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido”<sup>239</sup>. Es decir, tal y como se establece en el párrafo 1º del art. 54 TRET, cuando concurren las notas de “culpabilidad” y “gravedad”. Debiéndose entender, por tanto, que la enumeración prevista en el párrafo 2º del

---

<sup>236</sup> En este sentido, **ALONSO OLEA**. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 49; y **ORTIZ LALLANA**. *Causas, forma y efectos del despido disciplinario*, op. cit., p. 1121.

<sup>237</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 15.

<sup>238</sup> Sin embargo, en determinados casos va a resultar sumamente difícil hallar el equilibrio entre el respeto de la vida privada del trabajador y la repercusión de su conducta extracontractual. *Vid.* al respecto, **GÓMEZ ABELLEIRA**. *Las causas justas de despido disciplinario*, op. cit., p. 117 y 118.

<sup>239</sup> **ALONSO OLEA**. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 45. Negando la exigencia de este tipo de comportamiento, **ORTIZ LALLANA**. *Causas, forma y efectos del despido disciplinario*, op. cit., p. 1121 y 1122.

art. 54 TRET no agota la enumeración de los incumplimientos posibles<sup>240</sup>. Superándose así la discusión acerca de su carácter de *numerus clausus* o *apertus*<sup>241</sup>.

Sin duda, la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento se erige en una de las principales garantías de la conservación del negocio jurídico. A lo largo de la historia del Derecho del Trabajo español, el Legislador, con mayor o menor fortuna, ha tratado de perfilar los contornos de dicho concepto y las sucesivas enumeraciones de las “causas” de despido así lo atestiguan; aunque en este sentido, se puede observar que en las últimas décadas se ha optado por seguir una línea continuista, sin que sean apreciables sobresaltos legislativos de trascendencia. Este escaso *talante innovador*, quizás, tenga su explicación en la admisión del carácter de *numerus apertus* de las causas legales descritas. La positivización de un concepto de textura abierta ha introducido un parámetro de valoración de lo que debe entenderse por incumplimiento imputable lo suficientemente flexible como para que el Legislador desistiera de concretar un concepto de perfiles difusos y casuística infinita.

Por consiguiente, los elementos relevantes a tener en cuenta son los parámetros de “culpabilidad” y “gravedad”. En cuanto a la primera nota, el incumplimiento debe tener su origen en una conducta imputable del trabajador, es decir, “voluntario”, atribuible a título de dolo o negligencia inexcusables (elementos constitutivos del incumplimiento)<sup>242</sup>. La culpabilidad, por tanto, se refiere “al grado en que el trabajador ha quebrantado una obligación laboral suya, así como la importancia de la obligación quebrantada”<sup>243</sup>. Incumplimiento, en definitiva, sin justificación legal<sup>244</sup>.

En cuanto al parámetro de “gravedad”, debe valorarse si la conducta imputable del trabajador tiene la suficiente “entidad” como para justificar la resolución contractual (elementos circunstanciales del incumplimiento). Por tanto, se asienta “en el reproche que, atendidas las circunstancias que afectan subjetivamente al trabajador, merece aquel quebrantamiento”.

---

<sup>240</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 157.

<sup>241</sup> *Vid.* al respecto *supra*. No obstante, para un sector de la doctrina actual, esta discusión tiene escasa importancia, pues, “la dicción de algunas causas – en especial la transgresión de la buena fe contractual – abona el argumento de que tienen cabida dentro de las mismas todos los supuestos posibles de incumplimiento contractual grave y culpable”. ROJO TORRECILLA. *El despido disciplinario. Concepto y causas*, op. cit., 1992, p. 13. Para otros autores, con la reforma de 1994 se ha producido una ampliación de las causas de despido, pues, la derogación de las reglamentaciones de trabajo y el hecho de que los convenios colectivos no previeran nada al respecto, suponía dejar un campo de discrecionalidad al empresario a la hora de interpretar y aplicar las previsiones generales del art. 54 TRET. ROMÁN VACA. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, op. cit., p. 341 y 342.

<sup>242</sup> ALONSO OLEA. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 53; y GÓMEZ GORDILLO. *Art. 54.1 ET*, op. cit., p. 40. Autor éste último, que – recogiendo el criterio jurisprudencial – pone de manifiesto que no deben calificarse como imputables “los casos de enfermedad mental, pues el incumplimiento contractual ha de ser enjuiciado no sólo atendiendo a su elemento objetivo sino valorando al mismo tiempo las circunstancias personales y subjetivas que concurren en su comisión” (p. 39).

<sup>243</sup> GÓMEZ ABELLEIRA. *Las causas justas de despido disciplinario*, op. cit., p. 118.

<sup>244</sup> ALONSO OLEA. *El despido disciplinario. Su carácter causal*, op. cit., p. 55.

Ponderación asentada en función de la categoría del bien jurídico lesionado por el incumplimiento<sup>245</sup>.

Ambos parámetros, en tanto que descriptores de lo que puede calificarse como una conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento, deben concurrir para legitimar la resolución contractual y que no son suficientes para resolver el contrato si se ha mantenido una conducta tolerante durante un cierto tiempo. Teniendo siempre en cuenta que el empresario está obligado a probar los hechos imputados al trabajador y que fundamentan el despido (art. 105.2 TRLPL).

Sin embargo, paralelamente a esta concepción restrictiva del concepto de incumplimiento imputable, es muy importante tener en cuenta que la jurisprudencia ha optado por intensificar su *circunscripción semántica*. En efecto, los Tribunales han adoptado un enfoque interpretativo restrictivo, valorando la conducta del trabajador y, por ende, la entidad del incumplimiento alegado por el empresario, de un modo particularizado y minucioso de todas las circunstancias y/o factores, esto es, en función del conjunto circunstancial en el que se produce<sup>246</sup>.

Llegados a este estadio debe hacerse una mención al ámbito de operatividad de la facultad sancionadora del empresario, como derivación de su poder de dirección, destacándose su clara diferenciación conceptual de la resolución por incumplimiento grave y culpable. A nuestro juicio, si bien debe admitirse la existencia de un principio de proporcionalidad en el ejercicio de la facultad sancionadora del empresario, éste no opera para el caso del incumplimiento grave y culpable, pues, como ha quedado expuesto, nos estamos refiriendo a un aspecto que afecta a la misma causa de los contratos con obligaciones recíprocas; y, además, el despido no tiene ninguna connotación sancionadora. Cuando el empresario resuelve sin concurrir una justa causa, no es que esté vulnerado el citado principio de proporcionalidad, sino que simplemente no ha acaecido un incumplimiento imputable que justifique la resolución<sup>247</sup>. Lo que no quita que el empresario, ante la posibilidad de resolver por concurrir un incumplimiento grave y culpable, opte por tomar medidas menos drásticas y se limite a ejercer su facultad sancionadora sobre el trabajador<sup>248</sup>.

No obstante, a pesar de lo expuesto, la influencia de las tesis que identifican el despido con una facultad sancionadora del empresario es notable, llegándose a establecer un paralelismo

---

<sup>245</sup> GÓMEZ ABELLEIRA. *Las causas justas de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 118 y 119.

<sup>246</sup> SSTs 30 de marzo 1992 (RJ 1892); y 20 de abril 2005 (RJ 3532).

<sup>247</sup> Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia acostumbra a acudir al citado principio para valorar la decisión extintiva del empresario. En la jurisprudencia STS 21 de marzo 1988 (RJ 2333). En la doctrina, GÓMEZ GORDILLO. *Art. 54.1 ET*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>248</sup> En este sentido, MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA, pese a ubicar el despido en el seno de la institución resolutoria, afirman que “este poder jurídico del empresario en nuestro ordenamiento está, como se sabe, fuertemente impregnado de un carácter sancionador que se refleja en todo su régimen jurídico. MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 264.

entre el régimen jurídico del despido con el Derecho penal<sup>249</sup>; y, como derivada, asociando al despido conceptos propios de esta rama del derecho como el de “tipificación”, la “presunción de inocencia” o la aplicación del “criterio gradualista” o como derivada del denominado “principio de proporcionalidad”<sup>250</sup>. Extremos que, a nuestro entender, se apartan de la verdadera naturaleza jurídica de esta institución, contribuyendo a difuminar su cabal comprensión.

#### **1.2.2.1.1- Breve referencia al papel de la negociación colectiva en la constricción de los supuestos resolutorios por incumplimiento imputable.**

El sistema jurídico de las causas justas de despido *ex art. 54 TRET*, como se ha expuesto, descansa, en primer lugar, sobre tres elementos definitorios extraordinariamente genéricos: “incumplimiento contractual”, “grave” y “culpable”; en segundo lugar, sobre las escasas concreciones que dispone el párrafo segundo del art. 54 TRET; y, finalmente, sobre las graduaciones que en su caso pudiera aportar el convenio colectivo. En este sentido, está claro que la negociación colectiva asume un papel trascendental en la definición de las causas

---

<sup>249</sup> STS 4 de octubre 1983 *cit.* **GÓMEZ GORDILLO**. *Art. 54.1 ET, op. cit.*, p. 40.

<sup>250</sup> En la doctrina, abogando por estos planteamientos, **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*. Comares. Granada, 1999, p. 9 a 14. En este sentido, la STC nº 88, 18 de abril 1988 (RTC 88) declara que “la consideración por los Tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta laboral no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado”. Además, se afirma que el derecho a ser presumido inocente opera sólo en el ámbito de las relaciones judiciales, sin que pueda insertarse en un momento extraprocesal anterior al despido (como, por ejemplo, en el expediente contradictorio o en la audiencia previa). Compartiendo este criterio en la doctrina, **RÍOS SALMERÓN**. *Despido disciplinario*. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995, p. 318. Y, en la doctrina judicial, por poner un ejemplo, STSJ Castilla La Mancha 9 de julio 2004 (JUR 202883).

Una breve exposición de los *devaneos* del Tribunal Constitucional al respecto en, **DEL REY GUANTER**. *Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional*. En “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981 – 1991 (Coord. Alarcón Caracuel)”. Marcial Pons. Madrid, 1992, p. 58 y ss.; **ROJO TORRECILLA**. *El despido disciplinario. Concepto y causas, op. cit.*, p. 18 y 19; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *El despido en la jurisprudencia constitucional*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 140 a 145; y **GODINEZ VARGAS**. *El principio de presunción de inocencia y el proceso de despido disciplinario*. REDT nº 64, 1994, p. 341 y ss. En cuanto al principio de proporcionalidad, en los supuestos de despido, el Juez o Tribunal no realiza, propiamente, un juicio de proporcionalidad entre dos elementos en contraste (falta y sanción), sino que decide la existencia y gravedad del incumplimiento imputable al trabajador. Por otra parte, parece excesivo afirmar, como sostienen **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**, que el TC mantenga una mínima aplicación de la presunción de inocencia por el hecho de que corresponda al empresario la carga de probar el incumplimiento contractual achacado al trabajador (art. 105.1 TRLPI), pese a ser éste el demandante. Autores que consideran que mientras que en el derecho sustantivo el despido está configurado desde una perspectiva contractual, en el plano del derecho procesal se parte de la consideración del despido como sanción disciplinaria, aplicándose, limitadamente principios propios del derecho sancionador. Aunque, no obstante, entienden que lo ideal sería que el procedimiento estuviera desprovisto de toda connotación sancionadora, debiéndose reconducir “al ámbito de los incumplimientos contractuales que le es propia y configurar realmente el despido, como quiere la regulación sustantiva, como mecanismo de resolución previsto para los contratos recíprocos ante el incumplimiento de una de las partes (art. 1124 CC)”. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario, op. cit.*, p. 300 a 304.

justificativas del despido<sup>251</sup> y, en lo que concierne a la estabilidad en el empleo, puede contribuir notablemente a *constreñir* las circunstancias que pueden justificar la resolución del contrato.

De todos modos, conviene tener presente que la doctrina y la jurisprudencia han destacado que “no todas las causas listadas en el art. 54.2 TRET son susceptibles del mismo grado de precisión en la concreción y graduación por convenio colectivo (...). Así, mientras la negociación colectiva alcanza un gran relieve en la modalización de las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo (...), respecto de otras causas, como especialmente las más amplias de trasgresión de la buena fe contractual y de indisciplina o desobediencia en el trabajo, se ha llegado a sostener incluso por los tribunales la imposibilidad de que la negociación colectiva desarrolle exhaustivamente estas otras causas<sup>252</sup>: ‘tampoco podría efectuarse, en un Convenio Colectivo, una definición de lo que es la buena fe contractual, pues ello significaría llevar a cabo una tergiversación del orden de prelación de las fuentes de las relaciones laborales’”<sup>253</sup>.

### ***1.2.2.2.- La procedimentalización del despido.***

El acto de voluntad del empresario de dar por resuelta la relación de trabajo está sometida a formalidades y requisitos de procedimiento, en primer lugar, por la trascendencia que tiene la ruptura del contrato en los intereses de las partes; y, en segundo lugar, por su propio carácter de acto causal, sujeto a un control o escrutinio de legalidad que debe ser mínimamente riguroso<sup>254</sup>. La exigencia de formalidades para proceder al despido suponen, como ha afirmado la doctrina, “el arranque del sistema de garantías del trabajador frente a la decisión del empresario y han de valorarse por su función reforzadora de dichas garantías”<sup>255</sup>. Requisitos cuya exigencia (*ratio legis*) va dirigida primordialmente a posibilitar la defensa del trabajador ante los órganos jurisdiccionales (siempre y cuando, claro está, ejercite el derecho a accionar que le asiste). Aspecto de extraordinario interés, pues, como es bien sabido, condiciona la legalidad de la decisión extintiva empresarial. Lo que justifica una aproximación detallada a su régimen jurídico.

---

<sup>251</sup> Circunstancia ya apuntada por la doctrina durante la vigencia de la LCT<sup>44</sup> respecto de las Reglamentaciones, Reglamentos de Régimen Interior y Convenios Colectivos, **MONTOYA MELGAR**. *Las causas de despido en las reglamentaciones y reglamentos de régimen interior*. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid 1969, p. 220 y ss.; y **SÁNCHEZ-CERVERA SENRA**. *Causas de despido en los convenios colectivos*. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid 1969, p. 235 y ss.

<sup>252</sup> Así, STSJ Galicia 20 de agosto 1998 (AS 2569).

<sup>253</sup> **GÓMEZ ABELLEIRA**. *Las causas justas de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 111 a 113.

<sup>254</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido libre*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>255</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 265.

### 1.2.2.2.1.- Formalidades del despido.

La doctrina ha manifestado que la “acción de despedir presupone, en puridad y consecuencia, una voluntad extintiva del empleador (acto unilateral), exteriorizada (acto declarativo), comunicada a su destinatario y por éste como tal conocida (acto recepticio)”<sup>256</sup>. Elementos, estos últimos especialmente relevantes, pues, para que el despido produzca efectos es preciso que el trabajador (persona a la que afecta) tenga conocimiento de la decisión empresarial<sup>257</sup>.

Por otra parte, el art. 55.1 TRET fija las formalidades mínimas que ha de reunir la comunicación de despido, permitiendo su ampliación por vía convencional<sup>258</sup>. Invitación empleada principalmente para reforzar las garantías del trabajador así como para dificultar o racionalizar las opciones resolutorias del empresario. Posibilidad que comporta, en primer lugar, el reconocimiento de plena libertad para acordar dichas formalidades (concretando las existentes, o bien extendiéndolas a otros colectivos de trabajadores); y, en segundo lugar, que una vez convenidas, vinculan plenamente. De tal modo que su omisión acarrea, por lo menos, iguales consecuencias que el incumplimiento de las mínimas, pues, también puede conferírsele el alcance que se haya estimado oportuno<sup>259</sup>.

Teniendo en cuenta que el incumplimiento de estas formalidades ya no recibe, a pesar del tratamiento que tradicionalmente había disfrutado, la calificación judicial de “nulidad”<sup>260</sup>,

---

<sup>256</sup> **GARCÍA BECEDAS**. *El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia)*. “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 429. Autor que recogiendo la doctrina jurisprudencial afirma que “el despido existe desde que se manifiesta la voluntad unilateral del empresario de tener por extinguido el contrato”, y como negocio jurídico sólo goza de efectos a partir del momento en que el trabajador lo conoce (p. 432).

<sup>257</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>258</sup> *Vid.* al respecto, **CÁMARA BOTÍA**. *La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996, p. 38 y ss.; y **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 344 a 355.

<sup>259</sup> STSJ Cataluña 26 de abril 2006 (AS 2547). Añadiendo que: “ninguna norma de naturaleza de orden público impide el reforzamiento de las garantías que al despido disciplinario puedan convenir libremente las partes como pacto de la negociación colectiva de donde emanan correlativos derechos y obligaciones para los intervinientes, sin que sea posible eliminar con posterioridad uno de estos pactos aisladamente considerados, porque procediendo así se anularía el sinalagma contractual y se destruiría la unidad del contrato que forma parte de su propia esencia”. En la doctrina, **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 205 y 206.

<sup>260</sup> *Vid.* al respecto, entre otros, **SALA FRANCO**. *La denominada ‘Carta de despido’*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 401 y ss. Un análisis sintetizado de la evolución normativa al respecto en, **MIÑAMBRES PUIG**. *El despido verbal*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 18 y 19; y en la misma obra, **GALIANA MORENO** y **GARCÍA ABELLÁN**. *El despido nulo*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 67 y ss.



sino como meramente “improcedente” (art. 55.4 TRET)<sup>261</sup>, salvo que la autonomía colectiva o individual hubiera previsto otra cosa.

Como garantía de los intereses de los trabajadores, el despido está configurado de un modo *directo*, exigiéndose que el empresario exteriorice su decisión mediante el cumplimiento de ciertos requisitos formales (sin perjuicio de la facultad reconocida a la autonomía colectiva para establecer otras exigencias formales), consistentes en la comunicación al trabajador, mediante la denominada “carta de despido”, de los motivos por los que decide resolver el contrato así como la fecha a partir de la cual tendrá efectos<sup>262</sup> (art. 55.1 TRET).

Se entiende que la resolución contractual opera en el instante que el empresario rehúsa la prestación del trabajador y, por tanto, con independencia de que simultánea o sucesivamente

---

<sup>261</sup> Cambio que fue acogido críticamente por la doctrina, por estimar que constituía una disminución sustancial de la protección de los intereses de los trabajadores. Entre otros, **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 242, 243 y 256; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Tecnos. Madrid, 1996, p. 64 y 65; **BODAS MARTÍN**. *El procedimiento de despido disciplinario*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995, p. 28 a 30; y **GALIANA MORENO** y **GARCÍA ABELLÁN**. *El despido nulo*, op. cit., p. 75. Algunos autores abogan directamente por exigir la calificación de nulidad en los supuestos de incumplimiento de los requisitos de forma por entender que al dificultar la defensa del trabajador se vulnera el art. 24.1 CE. **CASAS BAAMONDE**. *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem, Madrid 1995, p. 75 a 79; y *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 250. Compartiendo este criterio con algunas reticencias, **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 58 y ss. En contra, con mejor doctrina a nuestro entender, **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, op. cit., p. 131 y ss.

Relativizando la importancia de este cambio, por entender que esta solución ya estaba prevista en la legislación anterior, **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 53; **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997; y **ROJO TORRECILLA**. *El despido disciplinario en la reforma laboral*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 371. Finalmente, **MARTÍNEZ EMPERADOR** estima que “no tenía razón de ser que un despido carente de las formas exigidas provocara efectos mucho más graves que los derivados de un despido ajustado en su forma a la legalidad, pero carente de causa justificativa”. **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El nuevo régimen procesal de los despidos: ejecución provisional y definitiva de sentencias*. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995, p. 183.

<sup>262</sup> Sin embargo, como ha apuntado la doctrina – siguiendo al criterio sentado por la jurisprudencia –, no es preciso que se establezca una fecha concreta y determinada, sino que, siempre que el trabajador sepa con exactitud el momento en el que el despido va a tener efectos, la jurisprudencia ha admitido que este momento puede datarse expresamente en la propia comunicación, hacer coincidir con la fecha de la comunicación o con la de su recepción, deferirse a un momento posterior o, incluso, hacerla coincidente con el acaecimiento de un determinado hecho o circunstancia conocido por el trabajador despedido. Aunque conviene advertir que la fecha real del despido es aquella en la que *realmente se produce*, por lo que debe entenderse que la notificación escrita no es más que la expresión documental de la voluntad de despedir. En cualquier caso, no es posible que la notificación tenga efectos retroactivos. Ahora bien, si la recepción de la carta es posterior a la fecha indicada, debe interpretarse que los efectos extintivos se posponen al momento de recepción de la carta. **GARCÍA BECEDAS**. *El despido como acto receptivo (estudio de la jurisprudencia)*, op. cit., p. 429, 430 y 434; **GARCÍA MURCIA**. *El despido nulo por defectos formales en la nueva LPL*. AL 1991-III, versión digital (La Ley 5219/2002); **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 89 y ss.; 117 y ss.; **SALA FRANCO**. *La denominada ‘Carta de despido’*, op. cit., p. 411 y ss.; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995, p. 131; **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 254 y 255; **CRUZ VILLALÓN**. *Requisitos ordinarios: la carta de despido*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos, Madrid 2004, p. 178; y **CHOCRÓN GIRÁLDEZ**. *El proceso de despido: de la demanda a la sentencia*, op. cit., p. 204 y 205.

sea notificado formalmente<sup>263</sup>. Por tanto, como ha expresado la doctrina, “el carácter recepticio del despido se debe predicar del acto extintivo que pone fin a la relación de trabajo y no tanto a la comunicación a través de la cual se le notifica al trabajador el mismo”<sup>264</sup>.

Así, aunque lo normal es que el acto extintivo en que consiste el despido se manifieste en la “carta de despido”, ésta viene a cumplir principalmente una “función elusiva de la indefensión del trabajador”; pues, posibilita la defensa del trabajador frente a las causas alegadas por la empresa, ante un eventual controversia judicial<sup>265</sup>; estableciéndose, simultáneamente, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad (circunstancias especialmente relevante, atendiendo a que en la norma legal no se prevé plazo de preaviso alguno<sup>266</sup>). De ahí que, no baste con la comunicación escrita de la decisión empresarial y se exija la especificación de los hechos que motivan el despido<sup>267</sup>.

En cuanto a la forma de comunicación, siguiendo a SALA FRANCO – que cita a ALONSO OLEA – “la carta de despido debe llegar a conocimiento del trabajador despedido y ello impone al empresario la realización de buena fe de todos los esfuerzos que sean precisos con tal finalidad”<sup>268</sup>.

---

<sup>263</sup> GARCÍA BECEDAS. *El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia)*, op. cit., p. 434 y 436.

<sup>264</sup> MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 258.

<sup>265</sup> SALA FRANCO. *La denominada ‘Carta de despido’*, op. cit., p. 404. Recogiendo este planteamiento en la doctrina, entre otros, CÁMARA BOTÍA. *La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma*, op. cit., p. 40 y 41; y GORELLI HERNÁNDEZ. *Los requisitos formales del despido individual*, op. cit., p. 128. No obstante, para algún autor, la carta de despido tiene un significado más amplio, pues, se trata de un instrumento que de alguna manera ampara la dignidad del trabajador. BLANCO MARTÍN. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 447.

<sup>266</sup> MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 254.

<sup>267</sup> Siguiendo con GORELLI HERNÁNDEZ, el empresario debe realizar una descripción inequívoca de los hechos que motivan la extinción, lo suficientemente clara para que produzca una perfecta comprensión de los hechos imputados y su cabal identificación por el despedido. Una comunicación en la que se ‘describan los hechos que integran la conducta en términos de adecuado detalle cronológico, cuantitativo y circunstancial’. GORELLI HERNÁNDEZ. *Los requisitos formales del despido individual*, op. cit., p. 128 y 129. Ahora bien, como afirman DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA, la cuestión consiste en determinar el grado de precisión y detalle con que el empresario debe identificar los incumplimientos imputables al trabajador (y las dificultades para que el TS pueda pronunciarse en unificación de doctrina). DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*. Lex Nova. Valladolid, 2002, p. 49. Así, la STS 3 de octubre 1988 (RJ 7507), “aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala (...), cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador”. Doctrina que se reitera, entre otras, en la STS 18 de enero 2000 (RJ 1059). Un análisis doctrinal al respecto, así como en lo relativo a los criterios jurisprudenciales que flexibilizan la exigencia del conocimiento “suficiente” de los hechos que motivan el despido en, MELLA MÉNDEZ. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 89 y ss.; MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 252 y 253; SALA FRANCO. *La denominada ‘Carta de despido’*, op. cit., p. 405 y ss.; CRUZ VILLALÓN. *Régimen jurídico del despido nulo*, op. cit., p. 59 a 61; y *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, op. cit., p. 176 y 177; y GORELLI HERNÁNDEZ, op. cit., p. 129 y 130.

<sup>268</sup> SALA FRANCO. *La denominada ‘Carta de despido’*, op. cit., p. 418. Aunque, en puridad, se trata de un problema del empresario, puesto que “al ser un requisito indispensable la efectiva comunicación, es él quien tiene que demostrar la entrega de dicha comunicación escrita”. Por lo que debe exigirse que emplee un “algún medio que le permita evidenciar la efectividad de la comunicación”. GORELLI HERNÁNDEZ. *Los requisitos formales del despido individual*, op.

### ***a.- Manifestaciones ‘neutralizadoras’ de las garantías vinculadas a la formalización del despido.***

Paralelamente a la existencia de un régimen jurídico especialmente proclive a la protección del empleo, existen ciertas disposiciones creadas con el objeto de beneficiar los intereses del empresario y que, de algún modo, contribuyen a neutralizar los elementos dirigidos a preservar la continuidad del contrato de trabajo. En concreto, estas manifestaciones neutralizadoras de la estabilidad legalmente reconocida son tres. Además, los órganos jurisdiccionales han admitido la validez de determinadas decisiones empresariales desligadas del cumplimiento de toda formalidad. Veamos, brevemente, cada una de ellas.

1.- Frente a la posibilidad de resoluciones en las que se incumplan los requisitos previstos en el art. 55.1 TRET, entre ellas, el despido verbal y el tácito, y para evitar la calificación de improcedencia, el párrafo 2º del citado precepto permite al empresario realizar un *nuevo despido*, cumpliendo los requisitos exigidos en el párrafo 1º y lo haga en un plazo de 20 días a contar desde el siguiente al primer despido y siempre que el trabajador no haya presentado la demanda o solicitud de conciliación antes de su conclusión<sup>269</sup>. En tal caso, el empresario deberá abonar los salarios correspondientes a los días intermedios y mantener al trabajador en alta en la Seguridad Social<sup>270</sup>. Y el plazo de impugnación empezará a contarse a partir de este nuevo despido<sup>271</sup>.

---

*cit.*, p. 135 y 136. De todos modos, la ausencia de recepción sólo comporta incumplimiento del requisito formal si resulta imputable al empleador (STS 30 de enero 1989, RJ 316) de modo que ‘no se pueden imputar los defectos en la notificación a quien (como empresario) ha puesto para ello los medios adecuados a la finalidad perseguida’.  
**CRUZ VILLALÓN.** *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, *op. cit.*, p. 175.

Ahora bien, en tanto que la norma no especifica nada al respecto, la jurisprudencia mantiene un criterio muy flexible, siempre y cuando sea por escrito, “siendo irrelevante el medio mecánico empleado para plasmar el escrito en cuestión” (STCT 23 de abril 1982); o bien, que se entregue a terceras personas o que simplemente se haya puesto a su disposición (posibilidad admitida, bien, cuando el trabajador se niegue a recibir la comunicación, o bien, no se le pueda localizar). **MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA.** *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 259. Tampoco cabe alegar falta de conocimiento si no se ha producido de un modo fehaciente, cual es el correo certificado o el conducto notarial (STCT 21 de diciembre 1982). **GARCÍA BECEDAS.** *El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia)*, *op. cit.*, p. 444. Y admitiendo la comunicación a través del correo electrónico, **CRUZ VILLALÓN**, *op. cit.*, p. 175. Un análisis jurisprudencial (durante la vigencia del ET’80) respecto de la forma, el lugar, el sujeto receptor y el tiempo hábil de entrega de la carta en, **SALA FRANCO**, *op. cit.*, p. 419 a 424; y, vigente el TRET, **GORELLI HERNÁNDEZ.** *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 136 a 138. *Vid.* extensamente al respecto, **MELLA MÉNDEZ.** *La formalización del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 152 y ss.

<sup>269</sup> **CASAS BAAMONDE.** *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994*, *op. cit.*, p. 263. Por consiguiente, el empresario sólo puede proceder al nuevo despido en el plazo de veinte días establecido y en cualquier momento siempre que no se haya consumido el plazo de prescripción. Aunque, lo cierto es que el citado plazo de 20 días hace que se “[alargue] el plazo para despedir, manteniéndose durante el mismo el cómputo de la prescripción de las faltas en el punto temporal en que estaba cuando despidió la primera vez”. **ROMÁN VACA.** *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 362 y 363.

<sup>270</sup> La calificación de improcedencia procederá aunque el empresario realice un nuevo despido comunicando los hechos que motivan su decisión, pero sin cumplir con los requisitos legalmente exigidos (abono de los salarios de los días intermedios y mantenimiento del alta del trabajador) STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo 2000 (AS 4413). En términos similares, para **GOERLICH PESET** el pago de estos salarios se eleva a la condición de requisito de regularidad formal del nuevo despido. **GOERLICH PESET.** *La extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 46. En contra de esta interpretación, por entender que el trabajador en estos casos “siempre es acreedor de los salarios dejados de

2.- Otra posibilidad es la prevista en el art. 110.4 TRLPL, en virtud de la cual, declarado judicialmente de manera firme el despido como improcedente por motivos de forma y se opte por la readmisión, el empresario está facultado para volver a despedir al trabajador alegando la misma causa en un plazo de 7 días<sup>272</sup>; y cumpliendo de nuevo con todos los requisitos exigidos legal y convencionalmente<sup>273</sup>. En tal caso, el *nuevo despido* no subsanará el inicial, sino que se trata de un nuevo despido que surte efectos desde su fecha<sup>274</sup>.

3.- Un supuesto diferente a los dos descritos es aquél en el que el empresario admite expresamente la existencia de irregularidades formales en el acto de conciliación y readmite al trabajador. Momento en el que de nuevo, cumpliendo todas las exigencias formales, puede volver a despedir al trabajador, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción *ex* art. 60.2 TRET y aunque hayan transcurrido más de veinte días desde el primer despido (en este caso, no es de aplicación ni el art. 55.2 TRET ni el 110.4 TRLPL)<sup>275</sup>.

4.- Otro de los conflictos vinculados a las formalidades del despido y que repercuten en la continuidad del negocio jurídico es que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que el despido se manifieste de forma *tácita*, esto es, en aquellas circunstancias en las que el empresario exprese su voluntad de resolver el contrato aunque no lo materialice a través de una declaración escrita o verbal, sino a través de hechos concluyentes que revelen su intención

---

percibir a consecuencia de la anulación del primer despido”, **BLANCO MARTÍN**. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*, *op. cit.*, p. 443. Autor que estima que para el caso de que el trabajador haya efectuado un trabajo en otra empresa durante este período de tiempo, el empresario no puede descontarle los salarios intermedios (p. 443).

El hecho de que se emplee la expresión “nuevo despido” y que el empresario deba abonar los salarios por los días intermedios y mantenga al trabajador en alta en la seguridad social, evidencia que no se trata propiamente de una subsanación del primer despido. En términos formales, lo que se produce es una revocación por parte del empresario de su primer despido, dejando sin efectos a éste y procediendo a realizar un nuevo despido. **GARCÍA BECEDAS**. *El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia)*, *op. cit.*, p. 438; **CRUZ VILLALÓN**. *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, *op. cit.*, p. 181; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El nuevo régimen procesal de los despidos: ejecución provisional y definitiva de sentencias*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>271</sup> *Vid.* al respecto, **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 361 y 362.

<sup>272</sup> Según la STS 10 de noviembre 1995 (RJ 8400), deben excluirse de dicho cómputo los días invertidos ya sea en el trámite preceptivo del expediente contradictorio, siempre que éste se inicie dentro del plazo de siete días, o bien los invertidos en la tramitación de la audiencia en el supuesto previsto en el art. 55.1 TRET, cuando el trabajador despedido estuviera afiliado a un sindicato.

<sup>273</sup> STSJ Cataluña 26 de abril 2006 (AS 2547).

<sup>274</sup> Por todos, **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 281. Para un sector de la doctrina esta posibilidad también es extensible a los supuestos de resolución contractual por causas objetivas declarada nula por incumplimiento de los requisitos de forma. **BLANCO MARTÍN**. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*, *op. cit.*, p. 444.

Para un sector de la doctrina, en el período que media entre los veinte días del primer despido y la notificación de la sentencia, si el empresario se ha percatado de la existencia de irregularidades puede proceder a realizar un nuevo despido, pues, sería “un absurdo: exigirle al empresario esperar a toda la tramitación procesal y, concluida ésta, poder efectuar el nuevo despido, con una innecesaria dilación del abono de los salarios de tramitación y prolongación de la situación de incertidumbre en perjuicio de ambas partes”. **CRUZ VILLALÓN**. *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, *op. cit.*, p. 183. De todos modos, como expone el citado autor, la doctrina judicial no admite esta posibilidad por entender que el primer plazo es de caducidad (STSJ Galicia 19 de abril 2001, AS 864).

<sup>275</sup> STS 11 de mayo 2000 (RJ 4798). Doctrina seguida por la STSJ País Vasco 24 de septiembre 2002 (JUR 2003\104699).

inequívoca<sup>276</sup>. Y lo cierto es que si el trabajador no impugna a tiempo la decisión empresarial, a pesar del incumplimiento de los requisitos de forma, el negocio jurídico en que consiste el despido tiene virtualidad y efectivamente acaba resolviendo el contrato. Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico español la voluntad empresarial *puede* tener valor suficiente para realizar por sí misma el acto extintivo, a pesar de manifestarse ilícitamente<sup>277</sup>. Sin que, por otro lado, pueda colegirse por ello que el despido tenga eficacia originaria, ni que tampoco pueda asemejarse al desistimiento<sup>278</sup>.

El hecho de que no exista un acto de exteriorización de la voluntad resolutoria empresarial ha planteado la necesidad de identificar aquellas situaciones que inequívocamente evidencian la voluntad resolutoria empresarial. En este sentido, se han admitido diversas situaciones o supuestos específicos. Por un lado, el despido tácito se evidencia en las situaciones de no cumplimiento consciente de las prestaciones contractuales esenciales, como son la obligación de ocupación efectiva y el abono del salario<sup>279</sup>.

Afirmación que debe matizarse, pues, en aras a la estabilidad en el empleo, la jurisprudencia ha declarado que cualquier falta de ocupación efectiva no equivale a un despido tácito, sino que debe apreciarse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>280</sup>. Por otra parte, es importante que concurren ambos incumplimientos, pues, si sólo concurre uno de ellos, en principio, el trabajador podría acudir a la vía resolutoria que habilita el art. 50 TRET (salvo que se haya producido previamente su extinción por otra causa<sup>281</sup>).

A pesar de lo apuntado, la jurisprudencia ha admitido que el despido tácito también puede manifestarse a través de conductas del empresario que por su especial evidencia demuestren por sí solas la intención de despedir al trabajador (como, por ejemplo, si se cierra la cerradura del centro de trabajo sin avisarle, etc.)<sup>282</sup>. Se trata de supuestos en los que los Tribunales<sup>283</sup>, con una finalidad tuitiva, equipara al despido, a fin de posibilitar su impugnación a través de su modalidad procesal, produciéndose, por vía procesal, una ampliación de la

---

<sup>276</sup> Entre otras, SSTS 5 de julio 1976 (RJ 3721); 1 de junio 2004 (RJ 4895). *Vid.* al respecto en la doctrina, **GIL Y GIL**. *La noción de despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 100 y 101; **KAHALE CARRILLO**. *Algunas consideraciones relativas al despido tácito*. ASoc nº 11, 2006, versión digital (BIB 2006\1249); y **CABEZA PEREIRO**. *El despido tácito*, *op. cit.*, p. 297 y ss.

<sup>277</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 265; y **CRUZ VILLALÓN**. *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>278</sup> O, como manifiestan **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**, “no se otorga a la voluntad empresarial la plenitud decisoria para extinguir la relación laboral, sino que ésta se encuentra limitada, o, dicho de otro modo, el poder jurídico del empresario de despedir es condicionado, sometido a una carga que consiste en la formalidad requerida por el ordenamiento jurídico”. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>279</sup> SSTS 7 de mayo 1987 (RJ 3402); y 9 de junio 1986 (RJ 3499). *Vid.* al respecto, **CABEZA PEREIRO**. *El despido tácito*, *op. cit.*, p. 302.

<sup>280</sup> STS 9 de junio 1986 (RJ 3499).

<sup>281</sup> STS 22 de mayo 2000 (RJ 4623).

<sup>282</sup> *Vid.* al respecto, **CABEZA PEREIRO**. *El despido tácito*, *op. cit.*, p. 303; y **KAHALE CARRILLO**. *Algunas consideraciones relativas al despido tácito*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>283</sup> Entre otras, STS 25 de mayo 1993 (RJ 4124).

noción de esta institución, convirtiéndose dicho concepto en un “cajón de sastre” y la modalidad procesal prevista en el TRLPL en una figura comodín<sup>284</sup>.

### ***b.- Garantías especiales en la formalización del despido.***

Paralelamente a las garantías descritas, en la legislación laboral se prevé una intensificación de las mismas para determinados colectivos de trabajadores. En estas ocasiones, el fortalecimiento de las medidas de protección del empleo se emplea como un medio o instrumento para la salvaguarda de otros bienes jurídicos que se estiman dignos de una especial protección. En concreto, con el establecimiento de estas garantías, el propósito del Legislador es amparar diversas manifestaciones de la libertad sindical constitucionalmente reconocida (sin perjuicio, claro está, que en la negociación colectiva se prevean medidas similares para atender a otro tipo de propósitos). Los colectivos específicamente protegidos son: los representantes de los trabajadores y los trabajadores afiliados a un sindicato.

Las garantías de los *representantes de los trabajadores* son de *carácter formal* y de *carácter material*. En cuanto a las primeras, como se sabe, para despedir a los representantes de los trabajadores (legales y sindicales – art. 68 TRET y 10.3 LOLS)<sup>285</sup> se exige que, con carácter

---

<sup>284</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 263; **RÍOS SALMERÓN**. *Despido disciplinario*, op. cit., p. 301; **CASAS BAAMONDE**. *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994*, op. cit., p. 247; **ROJO TORRECILLA**. *El despido disciplinario. Concepto y causas*, op. cit., p. 12; **CÁMARA BOTÍA**. *La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma*, op. cit., p. 55; **DESDENTADO BONETE** y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, op. cit., p. 25 a 27; **GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA**. *El proceso especial de despido*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 80 a 82; y **CHOCRÓN GIRÁLDEZ**. *El proceso de despido: de la demanda a la sentencia*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 201 y 202.

<sup>285</sup> En cuanto a la *extensión personal* de esta garantía, la jurisprudencia ha entendido que esta protección debe extenderse a los trabajadores “electos” aunque no hubieran tomado posesión de su cargo (STS 5 de noviembre 1990, RJ 8547), así como a los que oficialmente hubieran sido proclamados como “candidatos” para las elecciones, hasta que se desarrolle el proceso electoral. SSTS 19 de junio 1989 (RJ 4810); 5 de noviembre 1990 (RJ 8547); y 18 de febrero 1997 (RJ 1448). Aunque ni la celebración del expediente contradictorio ni el derecho de opción alcanza a los candidatos presentados con posterioridad al despido. SSTS 20 de junio 2000 (RJ 7172); y 30 de octubre 2000 (RJ 9659). En contra de esta interpretación, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 33 a 35. Los “sustitutos” también están protegidos siempre que se haya efectuado una comunicación a la empresa de tal circunstancia. STSJ Baleares 6 de junio 2002 (AS 2579) cit. **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 188. En cuanto a los “suplentes”, pese a que en un primer momento parece que están amparados por estas garantías (STS 13 de mayo 1988, RJ 4980), posteriormente, la jurisprudencia lo descarta (SSTS 22 de febrero 1990, RJ 1133 - criterio que recogen las SSTS 15 de marzo 1993, RJ 1860; y 25 de octubre 1999, RJ 9498). Compartiendo este criterio, **GORELLI HERNÁNDEZ**, op. cit., p. 36 y 37. Estas garantías también deben extenderse a los delegados de prevención de la plantilla designados por el empresario, aunque los arts. 30 y 37 LPRL se remitan al art. 68 TRET y no al art. 55.1 TRET (recuérdese que el art. 68 TRET hace referencia a las “sanciones por faltas graves o muy graves” y no al “despido”). Así como a los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad preventiva de la empresa y los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio (art. 30.4 LPRL). Para un sector de la doctrina, también están amparados los denominados representantes informales (“sujetos que ejercen la representación de los trabajadores por voluntad expresa o tácita de los mismos y, en todo caso, al margen del procedimiento del T. II ET”). **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 266. Aunque lo cierto es que la STS 13 de septiembre 1998 (RJ 6886)

previo al despido, se abra un expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, al resto de miembros de la representación a la que pertenece (arts. 55.1 TRET y 10.3 LOLS)<sup>286</sup>. Procedimiento exigible siempre y cuando haya otros representantes de los trabajadores en el centro de trabajo donde presta sus servicios el trabajador afectado<sup>287</sup>. Se trata de un trámite previo a la decisión extintiva que pretende proteger a los representantes frente a la facultad resolutoria del empresario, intentando la imparcialidad de la decisión de despedir al representante, así como la verdad material y la clarificación de los hechos<sup>288</sup>. Esto es, opera como garantía frente a la arbitrariedad empresarial, pero que, a su vez, también posibilita la revisión de lo sucedido, y por tanto, la opción de reconsiderar (o atemperar) la decisión inicial y evitar actuaciones precipitadas<sup>289</sup>.

---

haya negado la extensión de las garantías previstas en el art. 68.a) TRET a un trabajador designado junto a otros compañeros para actuar como interlocutor provisional con la empresa. Un comentario crítico al respecto en **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 186 a 189. También quedan integrados dentro de este ámbito personal a los representantes de los trabajadores que sean miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen los procedimientos alternativos de información y consulta – art. 28 Ley 10/1997. Por otra parte, siguiendo la exposición de GARCÍA ROMERO, esta protección se ha extendido a los representantes del personal en consejos de administración y a los miembros del Comité Intercentros; pudiéndose entender su posible extensión, siguiendo a la citada autora, a los miembros del comité de huelga. **GARCÍA ROMERO**. *El despido individual de los representantes de los trabajadores*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1004); y **MELLA MÉNDEZ**, op. cit., p. 280. En contra, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 29. También debe mencionarse la doctrina del TS que niega la extensión al resto de trabajadores en aplicación del art. 7 del Convenio OIT n° 158, por entender que dicho convenio no es de aplicación directa al ordenamiento jurídico español. SSTs 4, 5 y 24 de noviembre 1987 (RJ 7810, 7815 y 8050); 8 de marzo, 11 de julio y 27 de septiembre 1988 (RJ 1885, 5787 y 7122); y 20 de marzo 1989 (RJ 1886). Pronunciamientos que entienden que en nuestro ordenamiento ya existen suficientes garantías. Entre otros, un análisis en la doctrina respecto de la aplicabilidad del citado Convenio en, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*, op. cit., p. 154 y 155; **MELLA MÉNDEZ**, op. cit., p. 41 y ss; **MIÑAMBRES PUIG**. *El despido disciplinario verbal y el Convenio número 158 de la OIT*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 99 a 103; y **GARCÍA BECEDAS**. *Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la OIT*. RT n° 85, 1987, p. 84 y ss.

En cuanto a la *extensión temporal* de la garantía, debe valorarse “la fecha del conocimiento real por parte de la empresa de la condición de representante sindical con preferencia a la de la comunicación formal de dicho nombramiento”. STS 21 de julio 1987 (RJ 5700). Además, a pesar de no preverse expresamente en el art. 68.1.a) TRET, la jurisprudencia ha admitido que el expediente contradictorio debe exigirse durante el año siguiente a la expiración del mandato. STS 18 de febrero 1997 (RJ 1448). Resaltando la inexistencia de elementos de derecho positivo que permitan sustentar este criterio interpretativo, **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, op. cit., p. 64. Defendiendo su idoneidad, **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 294 a 298.

<sup>286</sup> Circunstancia que debe quedar especificada en las demandas por despido (art. 104.c TRLPL); debiéndose aportar por la demandada, además, dicho expediente contradictorio (art. 106.2 TRLPL). De todos modos, la doctrina ha criticado que el incumplimiento de estas exigencias procedimentales no comporte la calificación de nulidad del despido como antaño y sólo su improcedencia, pues, no sólo se trata de proteger al representante de los trabajadores en su dimensión personal, sino que también sirven para proteger la libertad sindical. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 282.

Un estudio de la evolución legislativa de este trámite en la Historia del Derecho del trabajo español en, **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 189 y ss.; y **GARCÍA MURCIA**. *Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia*. REDT n° 15, 1983, p. 444 y ss.

<sup>287</sup> STS 6 de julio 1990 (RJ 6069).

<sup>288</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*, op. cit., p. 142.

<sup>289</sup> SSTs 4 de julio 1986 (RJ 3946); y 26 de noviembre 1990 (RJ 8604). En definitiva, lo que se persigue es averiguar la motivación estricta que ha llevado al empresario a despedir, motivo por el que se le exige que haga patente el proceso de razonamiento que le ha llevado a esta decisión. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 278 y 279. Autores que destacan la existencia de una relación entre la procedimentalización del despido y su judicialización. De tal modo que un despido revestido de intensas exigencias procedimentales se traduce en una judicialización del despido menor. En cambio, el papel de los órganos judiciales tiende a incrementarse en los supuestos en los que las exigencias procedimentales requeridas para despedir son

La jurisprudencia es partidaria de extender la protección relativa al expediente contradictorio a todos los supuestos de despido (esto es, por incumplimiento grave y culpable) y no sólo a los vinculados con el ejercicio de su mandato representativo, pues, afirma que “dicha garantía es independiente de cuál sea la causa determinante del despido, es decir, al margen de que se encuentre o no conectada con el ejercicio de cargo representativo, pues, (...) se trata de una garantía formal que no de contenido”<sup>290</sup>. Por otra parte, entendemos que cabe extender esta medida protectora al resto de supuestos resolutorios - excesiva onerosidad e imposibilidad objetiva -<sup>291</sup>, a pesar de que los arts. 55.1 TRET y el art. 10.3 LOLS se refieren al “despido”, y que contradice el criterio mantenido por la jurisprudencial<sup>292</sup>.

En lo concerniente al desarrollo del expediente, siguiendo el planteamiento de TUDELA CAMBRONERO, sintéticamente deben diferenciarse tres fases: iniciación, tramitación y resolución. Mientras que en la primera y en la tercera deben ser realizadas por el sujeto que ostente la facultad resolutoria, para la segunda (la tramitación) es exigible la presencia de una persona diferente, a los “efectos de conseguir los niveles mínimos exigibles de imparcialidad y objetividad”<sup>293</sup>. Secuencia que debe permitir que se cumpla con la finalidad de defensa del trabajador, que el expediente sea *contradictorio* y que se dé audiencia al interesado y al resto de representantes. Como reza la STS 13 de mayo 1988<sup>294</sup>, este *trámite* no puede limitarse a meros

---

menores (p. 280). En la doctrina, **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 259 a 263; **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, op. cit., p. 456; **APARICIO TOVAR**. *Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 288; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 55 y 56.

<sup>290</sup> STS 18 de febrero 1997 (RJ 1448). En la doctrina, abogando por este criterio, **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, op. cit., p. 63.

<sup>291</sup> Defendiendo este criterio en la doctrina, **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, op. cit., p. 461 a 463; **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*, op. cit., p. 51; **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 285; **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 290; **LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO**. *Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales*. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 225 y 226; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 40 a 42; y **GARCÍA MURCIA**. *Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia*, op. cit., p. 449. En contra, **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*, op. cit., p. 186; y *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, op. cit., p. 357; **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995, p. 274.

<sup>292</sup> SSTS 6 de julio 1990 (RJ 6070); 23 de mayo 1995 (RJ 5897); y 20 de marzo 1997 (RJ 2607). Por el contrario, defendiendo que el criterio de no extender esta formalidad a los supuestos de extinción del contrato temporal es ajustado. SSTS 18 de junio 1993 (RJ 4915); y – relativo a la audiencia de un delegado sindical - 23 de mayo 1995 (RJ 5897).

<sup>293</sup> **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, op. cit., p. 455. En términos similares, **APARICIO TOVAR**. *Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato*, op. cit., p. 289. Un análisis en profundidad de cada una de estas fases (aunque vigente el ET’80) en el mismo autor y obra citados, p. 464 a 484; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*, op. cit., p. 142 a 149; **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, op. cit., p. 303 y ss.; y **DE VAL TENA**. *Despido y representación de los trabajadores*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 583 a 585.

<sup>294</sup> RJ 4980. En términos similares, STS 2 de noviembre 1982 (RJ 6475).



formulismos, sino que debe cumplir con ciertos requisitos esenciales: la audiencia del interesado, lo que presupone conocimiento por éste del incumplimiento que se alega, la posibilidad de desvirtuarlo, evacuando las pruebas que aduzca en su favor y la audiencia del Comité de Empresa o de los delegados de personal, en su defecto<sup>295</sup>.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha suavizado las exigencias formales del expediente<sup>296</sup>, declarando que no es exigible el nombramiento de instructor o secretario<sup>297</sup>; ni tampoco un trámite de prueba<sup>298</sup>. Tal flexibilización formal no impide, sin embargo, que se deba mantener lo esencial del procedimiento, como es el trámite de audiencia y la exigencia del principio contradictorio<sup>299</sup>, elementos que quedan garantizados siempre que al interesado se le ofrezca la posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos<sup>300</sup>. Sin que, por otra parte, deba entenderse, siguiendo a CRUZ VILLALÓN, que el expediente posea carácter procesal ni tampoco un antejuicio al que deban de ser aplicables las normas de las actuaciones jurisdiccionales y, mucho menos, las garantías deducibles del art. 24 CE<sup>301</sup>.

Por otra parte, los representantes de los trabajadores tampoco pueden ser despedidos (ni sancionados) durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, siempre que el despido o sanción se base en la acción de su trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el art. 54 TRET (es lo que se conoce como “garantía de indemnidad” - art. 68.c TRET)<sup>302</sup>.

Las garantías *materiales* o *sustantivas*, sin perjuicio de lo que se expondrá con posterioridad, comprenden la prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de resolución por causas de empresa, *ex* arts. 51 y 52.c TRET (art. 68.b TRET); el denominado

---

<sup>295</sup> Planteamiento recogido por la doctrina. En este sentido, entre otros, **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 291; y **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 457.

<sup>296</sup> “Progresiva y profunda depauperización de las exigencias concretas en cuanto al desarrollo del expediente” en palabras de CRUZ VILLALÓN. **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, *op. cit.*, p. 65. *Vid.* también, **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 190; y **APARICIO TOVAR**. *Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato*, *op. cit.*, p. 291.

<sup>297</sup> La STS 30 de noviembre 1982 (RJ 6910) ha declarado que el hecho de que no se designara instructor ni actuara secretario en el expediente, no constituye una exigencia imprescindible para la validez del expediente ni supone supresión de alguna garantía defensiva del trabajador. Criterio seguido posteriormente por las SSTs 5 y 7 de julio, 26 de septiembre y 1 de octubre 1983 (RJ 3717, 3734, 4281 y 4977); 20 de diciembre 1984 (RJ 6463); 3 de octubre 1989 (RJ 7102); y 18 de marzo 1991 (RJ 1871).

<sup>298</sup> STS 22 de enero 1991 (RJ 69).

<sup>299</sup> STS 18 de febrero 1991 (RJ 845).

<sup>300</sup> STS 5 de febrero 1990 (RJ 817).

<sup>301</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>302</sup> La doctrina ha destacado que esta “disposición cumple la función ‘de velo de cobertura’, y que implica que determinadas conductas del representante, en cuanto exigidas por su función representativa, no implican incumplimientos contractuales, mientras que sí podrían serlo de no ser el trabajador un representante de los mismos”. **GARCÍA ROMERO**. *El despido individual de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.* (versión digital).

Para **GORELLI HERNÁNDEZ** esta protección se extiende con independencia de la causa resolutoria, por lo que debe entenderse aplicable para los supuestos de resolución por excesiva onerosidad. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 40.

principio de inmunidad (art. 68.c TRET)<sup>303</sup>; el reconocimiento del “derecho de opción” en los supuestos de despido calificado como improcedente (art. 56.4 TRET); y el mantenimiento del cargo representativo en los supuestos de ejecución provisional de las sentencias de despido (art. 300 TRLPL) así como en las sentencias firmes de despido en las que se exija la ejecución “en sus propios términos” (art. 282.c TRLPL)<sup>304</sup>.

También, en virtud de los arts. 55.1 TRET y 10.3.3 LOLS, se prevé una audiencia previa al delegado sindical para los trabajadores afiliados a un sindicato que vayan a ser despedidos - y no en otros supuestos resolutorios<sup>305</sup> (siempre que al empresario le conste<sup>306</sup> y siempre que exista delegado sindical en la empresa – no pudiéndose otorgar directamente al sindicato<sup>307</sup>). Tal y como afirma la STS 23 de mayo 1995<sup>308</sup>, la razón de ser de este trámite de audiencia previa es “la conveniencia apreciada por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo

---

<sup>303</sup> Protección que no se dispensa para el caso de que el cargo haya sido “revocado” o el representante haya “dimitido”. Y, para la STS 29 de diciembre 1998 (RJ 1999\447), la “destitución” es equivalente a la “revocación”. Sin embargo, la STC nº 229, 9 de diciembre 2002 (RTC 229), que anula el pronunciamiento citado, entiende que la protección debe extenderse a los representantes sindicales con independencia de la causa que haya motivado la finalización de su mandato. Un comentario a este pronunciamiento en, **SEGALÉS FIDALGO**. *Despido de representantes, derecho de opción y contenidos adicionales de creación jurisprudencial*. ASoc nº 3, 2003, versión digital (BIB 2003\785). En cuanto a la “dimisión”, según la STS 26 de marzo 1991 (RJ 1900), se entiende producida cuando concurren dos requisitos: “uno de carácter material, que es la manifestación de voluntad, y otro de carácter formal, que es la comunicación de aquella voluntad a los trabajadores representados, al empresario y a la Administración”. *Vid.* al respecto con más detalle, **DE VAL TENA**. *Despido y representación de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 580 a 582.

<sup>304</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>305</sup> Según la STS 23 de mayo 1995 (RJ 5897), la garantía de la audiencia al delegado sindical sólo puede exigirse en los supuestos de despido y no en otros supuestos resolutorios. Compartiendo este criterio, **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 359. En cambio, un comentario crítico a este pronunciamiento en, **LUQUE PARRA**. *La exigibilidad del trámite de audiencia al delegado sindical previsto en el art. 10.3.3. de la LOLS en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas: un comentario a la STS 23 de mayo 1995*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997, p. 307 y ss. En contra también, **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 295 y 296.

Por otra parte, plazo de “prescripción corto” (art. 60.2 TRET) se interrumpe (o se suspende) como consecuencia (o durante el tiempo) del trámite de audiencia previa del delegado o delegados sindicales del sindicato al que esté afiliado el trabajador sancionado o despedido. STS 31 de enero 2001 (RJ 2136).

<sup>306</sup> La doctrina judicial es partidaria de presumir el conocimiento de la condición de afiliado del trabajador mediante la aportación de las nóminas y la constatación del descuento de las cuotas sindicales. Y, aunque no se produzca la comunicación formal, ni el descuento, ello no enerva la obligatoriedad del trámite si, por otro medio razonable, el empresario pudiera tener conocimiento de la afiliación. *Vid.* al respecto, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*, *op. cit.*, p. 153 y 154; **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 193 y 194; y **DURÁN LÓPEZ**. *El proceso de despido en el nuevo texto articulado: cognición y ejecución*. AL 1990 – III, p. 459 y 460.

Así, parece que se pretende salvaguardar el derecho de los trabajadores a no manifestar su ideología, religión o creencias. Lo que motiva que la doctrina considere que está configurado más como un derecho de actividad sindical en la empresa que como garantía individual del trabajador. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 294 y 295.

<sup>307</sup> Entre otras, SSTSJ Extremadura 8 de mayo 2000 (AS 2639); Murcia 21 de junio 2001 (AS 2618); y Cataluña 22 de julio 2002 (AS 2991); 29 de septiembre 2000 (AS 2920), *cit.* **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 193, 195 y 196.

<sup>308</sup> RJ 5897.

riesgo de abuso pueden ser más vulnerables”, motivo por el que se ofrece una “defensa sindical preventiva del trabajador afiliado”.

Audiencia que debe entenderse como no cumplida si sólo se concede el plazo de un día, pues, se impide que pueda articularse una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado<sup>309</sup>. El incumplimiento de este trámite de audiencia previa no comporta la calificación de nulidad del despido, sino su improcedencia<sup>310</sup>.

Además, se reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva establezca más garantías que las legalmente previstas (art. 55.1 TRET)<sup>311</sup>. De todos modos, como manifiesta ROMÁN VACA, no parece que ésta haya sido una posibilidad explotada por la autonomía colectiva<sup>312</sup>.

### ***1.2.2.3.- El control judicial de la facultad resolutoria del empresario.***

La concepción restrictiva de lo que debe entenderse por incumplimiento imputable, así como la necesidad de canalizar la decisión extintiva a través de una serie de requisitos formales tendrían una escasa repercusión en la salvaguarda de la estabilidad en el empleo, si no se previera un sistema de monitorización imparcial, capacitado de valorar la licitud o no de la conducta de las partes contractuales y para exigir el cumplimiento de la condena posible obligación de condena. La intervención de los órganos jurisdiccionales sociales responde a este propósito, erigiéndose, sin duda, en la garantía más importante de las existentes.

La calificación que los órganos jurisdiccionales pueden hacer respecto de la decisión del empresario y los efectos jurídicos de ella derivados así como los mecanismos ejecutivos para compeler su cumplimiento, es fundamental para comprender y valorar la intensidad con la que

---

<sup>309</sup> STS 16 de octubre 2001 (RJ 2002\3073). Aunque, con anterioridad, la STS 10 de noviembre 1995 (RJ 8400), afirma que “el hecho de que la empresa concediera a los delegados sindicales una audiencia de un día (...) no vulnera la garantía que establece el art. 10.3.3 LOLS”, sino que tal protección se configura “en todas las actuaciones posteriores de impugnación del despido, en las que el sindicato, conociendo los hechos, puede ofrecer su apoyo al trabajador”.

Un análisis detallado respecto de la sustanciación del trámite de audiencia en, **LUQUE PARRA**. *La exigibilidad del trámite de audiencia al delegado sindical previsto en el art. 10.3.3. de la LOLS en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas: un comentario a la STS 23 de mayo 1995*, *op. cit.*, p. 313 y 314.

<sup>310</sup> Solución que con anterioridad a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 había mantenido la STS 14 de junio 1988 (RJ 5290). Una exposición crítica al respecto en, **MARTÍNEZ ABASCAL, PÉREZ AMORÓS y ROJO TORRECILLA**. *Anotaciones al proceso especial de despido: el incumplimiento de formalidades legales como causa de nulidad*. “La reforma del procedimiento laboral”. Marcial Pons. Madrid, 1989, p. 218 y ss. Abogando por la calificación de nulidad, por entender que supone una violación de la libertad sindical, **APARICIO TOVAR**. *Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>311</sup> En este sentido, la doctrina ha estimado que lo previsto en el TRET al respecto tiene la naturaleza de derecho necesario relativo mínimo. **BLANCO MARTÍN**. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*, *op. cit.*, p. 436.

<sup>312</sup> **ROMÁN VACA**. *Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 197 y 198.

el sistema jurídico-laboral español está protegiendo la estabilidad en el empleo. Es decir, va a permitir evaluar el nivel de riesgo que la sociedad española está dispuesta a asumir.

Sin embargo, conviene apuntarlo ya, la intervención de los Tribunales es un instrumento de protección de los intereses particulares *extraordinariamente costoso*. En muy pocas ocasiones (dejando al margen la – difícil o, quizás más apropiado, imposible – tarea de asignar un valor monetario a la labor de “hacer justicia”), el valor de lo que está en litigio supera el coste que supone la puesta en marcha de todo el aparato judicial. Realidad que conviene tener muy presente, pues, en tanto que, en un sistema con recursos limitados, el *despilfarro* también puede ser considerado como una manifestación de la *injusticia* (CALABRESI), éste es un aspecto que va a condicionar *a la baja* alguno de los elementos creados con el propósito de salvaguardar el empleo (especialmente, la intervención de los órganos jurisdiccionales y la exigencia del cumplimiento *in natura* de determinadas obligaciones). Aspecto que será analizado al detalle en la *Segunda Parte* de este estudio.

Por otra parte, con carácter previo al estudio de los efectos de la calificación judicial del despido, conviene hacer un pequeño alto en el camino y poner de manifiesto que en el ordenamiento jurídico-laboral español, fruto de la propia evolución legislativa de la institución del despido, se ha producido una sustantivización de determinadas normas procesales. Sin embargo, este es un aspecto que la doctrina ha pasado por alto, lo que – a nuestro entender – a dado lugar a una interpretación de la calificación judicial del despido que se aleja de la naturaleza de este instituto jurídico. Aspecto que, dado su alcance, exige una exposición pormenorizada en el epígrafe que sigue.

#### ***1.2.2.3.1.- Consideraciones previas: problemática derivada de la sustantivización de normas procesales.***

El despido puede ser calificado judicialmente como procedente, improcedente o nulo. Antes de proceder al estudio de los efectos jurídicos de cada una de ellas, debe establecerse una distinción entre la evaluación de la decisión empresarial de despedir, por un lado, y la forma de exigir la obligación que nace como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para que la decisión empresarial pueda recibir amparo legal, por otro. La primera dimensión se ubica en el ámbito estrictamente sustantivo; mientras que la segunda en el procesal. Diferencia sustancial en tanto que ha propiciado algunas interpretaciones que no se adaptan a la naturaleza de la institución.

El problema, - en nuestra opinión - origen de la confusión existente, radica en el hecho de que algunas normas de naturaleza procesal “se han colado” en el texto sustantivo<sup>313</sup>, dificultando la distinción entre ambos órdenes<sup>314</sup>. Circunstancia que históricamente tiene su origen en el Decreto de 1928 y que caracteriza a la regulación del despido como un “entramado de normas sustantivas y procesales”<sup>315</sup>. Así, el término “nulidad” *ex art. 55 TRET* (y lo mismo sucede con la “improcedencia”) se refiere a una cuestión estrictamente procesal, esto es, a los efectos procesales frente al comportamiento del empresario incumplidor y, por ende, forzado al cumplimiento específico de una determinada obligación de hacer (en concreto, a readmitir y en su defecto a indemnizar); y no a la diversa naturaleza sustantiva de la ilicitud de la conducta empresarial. La cuestión es que la obligación de readmitir o indemnizar *son normas de carácter procesal sustantivizadas*. Por consiguiente, no puede afirmarse su correspondencia semántica con el concepto de “nulidad” propio de la Teoría General de las obligaciones y los contratos.

En puridad, la respuesta del derecho sustantivo en los supuestos de nulidad es exactamente la misma que en los de improcedencia: nulidad *ex tunc* de la decisión empresarial y obligación de restituir al trabajador a la situación inicial, con abono de los salarios de tramitación por incurrir en mora (y la consiguiente obligación de mantener en alta en la Seguridad Social al trabajador)<sup>316</sup>. Afirmación que es *simple consecuencia* de la aplicación del art.

---

<sup>313</sup> A pesar de que como afirma GOERLICH PESET, recogiendo el contenido de la Memoria del Anteproyecto de la Ley 11/1994, se pretendía clarificar el marco vigente, devolviendo a la ley sustantiva toda la regulación de los distintos supuestos de despido a los efectos de cada uno de ellos, produciéndose un trasvase de normas del Estatuto a la Ley de procedimiento laboral y a la inversa. **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>314</sup> **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido*. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense, Madrid, 1996, p. 107; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El nuevo régimen procesal de los despidos: ejecución provisional y definitiva de sentencias*, *op. cit.*, p. 178. Y, para Andino Axpe, la institución del despido es la figura jurídica del Derecho Laboral más procesalizada. **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*. Comares. Granada, 1996, p. 261.

<sup>315</sup> **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 343.

<sup>316</sup> Como objeción a esta tesis podría argumentarse que la nulidad opera *ipso iure*, de manera que opera sin necesidad de ser declarada judicialmente. Sin embargo, como se ha analizado, la doctrina civil ha admitido que en determinadas ocasiones (para doblegar la resistencia de quienes sostienen su validez, o cuando sea necesario para borrar la apariencia de validez) es precisa la acción judicial para *declararla*. Por otra parte, también podría objetarse en contra de esta tesis que la nulidad no está sometida a caducidad o prescripción alguna. A pesar de ello, como se ha analizado, en un determinado momento de la historia del Derecho del Trabajo español el ordenamiento jurídico laboral, en aras a la seguridad del tráfico jurídico (y, en claro beneficio de los intereses empresariales), ha optado por establecer un plazo de caducidad. Lo que comporta que si el trabajador no acciona a tiempo, un negocio jurídico que podría ser calificable como nulo, acabe adquiriendo plena validez jurídica.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que se expondrá con ocasión del análisis de los salarios de tramitación, no puede aceptarse la tesis que sostiene la distinta naturaleza de los mismos en función de la calificación que judicialmente se dé a la decisión extintiva empresarial y, más en concreto, a la exigencia o no de la readmisión forzosa. En este sentido, **COSTA REYES**. *Responsabilidad de la empresa principal por salarios de tramitación tras la Ley 45/2002: ¿una reforma sin cambios?*, *op. cit.* (versión digital). Como afirma GÁRATE CASTRO no es la readmisión o la indemnización lo que producen efectos hacia el pasado, sino la anulación judicial del despido. Por tanto, la opción siempre se produce a partir de tal anulación, o lo que es igual, de un contrato reestablecido o preexistente, constituyendo el mecanismo a través del cual el ordenamiento jurídico concede la posibilidad de mantener en el futuro ese contrato reestablecido o extinguirlo a cambio de una determinada indemnización”. Así, prosigue el citado autor, “desde semejante perspectiva, la naturaleza de salarios de los de tramitación reside en ser debidos los mismos en virtud del referido contrato y no por el sentido de una opción que se desenvuelve *a posteriori* de la reconstrucción

6.3 CC<sup>317</sup>. Es decir, desde un punto de vista del derecho de las obligaciones y los contratos, el negocio jurídico en que consiste la decisión empresarial de despedir calificado como “nulo”, en esencia, participa de los mismos elementos de ilicitud que uno calificado como “improcedente”. Ambos son ineficaces<sup>318</sup>. Y esta ineficacia es predicable tanto si no concurre la causa alegada, como si se incumplen los requisitos de forma exigidos o si se produce una vulneración de derechos fundamentales<sup>319</sup>. Afirmación que requiere un par de aclaraciones. Primero, es claro que un despido con lesión de derechos fundamentales “no es más” que una resolución contractual en la que no concurre una causa resolutoria suficiente<sup>320</sup>. Y, segundo, en tanto que el incumplimiento de los requisitos de forma puede acarrear que la decisión empresarial sea calificada como ilícita y, por tanto, carente de efectos, cabría entender que conforme al TRET el despido sigue configurándose con un negocio eminentemente formal (y, por ende, *ad solemnitatem*)<sup>321</sup>. Si no fuera así, difícilmente podría justificarse los efectos jurídicos

---

de éste”. **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>317</sup> En contra de esta interpretación, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 66 y 67. Sin embargo, esta oposición tiene, a nuestro entender, su origen en la cuestión que se está exponiendo en este epígrafe, pues, no se entiende que las opciones que describe la norma laboral sean normas procesales sustantivizadas.

<sup>318</sup> *Cfr.* **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*, *op. cit.*, p. 28 y 29.

<sup>319</sup> Por consiguiente, no puede compartirse la tesis que sostiene que “el modelo de estabilidad real implica, en el caso del despido sin justa causa, la privación de éste de efectos extintivos y la readmisión del trabajador”; y el modelo de estabilidad obligatoria comporta “la efectividad del despido y la posibilidad de sustituir esa readmisión por una indemnización”. **SASTRE IBARRECHE**. *El derecho al trabajo*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>320</sup> Sin que esto suponga olvidar que en estos supuestos concurre además una violación de los principios esenciales del ordenamiento jurídico o, como ha apuntado la doctrina, “reviste unos caracteres de antijuricidad más acusados”. **ALARCÓN CARACUEL**. *El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*. En “Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Madrid, 1981, p. 194, *cit.* **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>321</sup> Comparte este criterio, **MELLA MÉNDEZ**. *La formalización del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 17 y 18; **ORTIZ LALLANA**. *Causas, forma y efectos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 1141; y **CRUZ VILLALÓN**. *Requisitos ordinarios: la carta de despido*, *op. cit.*, p. 174. En cambio, la mayor parte de la doctrina sostiene que con la reforma de 1994, la forma del despido ha dejado de tener “valor integrativo” (*ad solemnitatem*). Entre otros, **CASAS BAAMONDE**. *Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario*. RL 1994 – II, p. 79; **CÁMARA BOTÍA**. *La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma*, *op. cit.*, p. 45; y **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 269. Sin embargo, frente a estas tesis, conviene recordar que con anterioridad a 1994, la jurisprudencia había relativizado el carácter *ad solemnitatem* de la formalización del despido, pues, había admitido – con restricciones – el despido tácito. Luego, como afirma **GORELLI HERNÁNDEZ** – que sigue el planteamiento de **ALMANSA PASTOR** –, el requisito formal es un presupuesto de eficacia del despido, pero no de su existencia. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los requisitos formales del despido individual*, *op. cit.*, p. 126 y 127. Por otra parte, también se afirma que la calificación de improcedencia del despido parte del “principio de irrevocabilidad del acto de despido, ya que se considera que el despido es válido y eficaz en principio”. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**, *op. cit.*, p. 268. Doctrina que no puede compartirse. Como premisa de partida, si se admite que el despido es “válido y eficaz en principio” y que no puede revocarse (**MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**, *op. cit.*, p. 268), implícitamente se está admitiendo la eficacia originaria del mismo, o lo que es lo mismo, que es un negocio jurídico acausal. Planteamientos que ya han sido rebatidos profusamente con anterioridad. Por otra parte, el hecho de que en determinados casos sea el trabajador el titular del derecho de opción (por ser representante de los trabajadores o por así establecerlo una fuente convencional o contractual), pone en entredicho la validez de la teoría basada en el “principio de irrevocabilidad del acto de despido”. Circunstancia que, a su vez, supone la equiparación de los efectos de la calificación de improcedencia del despido con la de nulidad (con la única salvedad de que en el nulo, el trabajador no tiene la opción de reclamar la prestación por equivalente). Otro sector de la doctrina, asumiendo una tesis que no puede compartirse, sostiene que “el despido será válido y eficaz aun cuando no se respeten los requisitos de forma”. **GÓMEZ CABALLERO**. *El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación*. RL 1996 – II, p. 481. Interpretación que, de algún modo, “ningunea” los efectos jurídicos que la calificación de improcedencia tiene sobre la decisión extintiva del empresario.

que acarrea el incumplimiento de tales formalidades<sup>322</sup>. Otra cosa es, como se analizará, la cuestión relativa al modo como se va a exigir o ejecutar la obligación que se impone al empresario por su comportamiento ilegal.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido una clara distinción entre el comportamiento ilícito del empresario y los cauces procesales establecidos para exigir el cumplimiento de las obligaciones que tienen su origen en el mismo. La STC n° 58, 29 de junio 1983<sup>323</sup>, ha declarado “tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación”<sup>324</sup>. En definitiva, parece claro que el derecho a la readmisión no puede calificarse como una parte del derecho al trabajo. Aspecto que ya se ha expuesto al analizar los vínculos constitucionales de la estabilidad en el empleo.

Como se ha afirmado, entendemos que la diferencia entre la nulidad y la improcedencia reside en aspectos de naturaleza estrictamente procesal y, más concretamente, en las posibilidades legales habilitadas para exigir la ejecución de la obligación *específica* de readmitir, sin que existan diferencias de fondo en el comportamiento ilícito del empresario. Lo que, a su vez, delimita la previsión de diversos cauces ejecutorios<sup>325</sup>.

Por tanto, a pesar de la categorización prevista en el TRET y el TRLPL (procedencia, improcedencia y nulidad), desde un punto de vista sustantivo no existen diferencias entre el incumplimiento empresarial que motiva la calificación judicial de nulidad con el que motiva la de improcedencia; pudiéndose restringir las opciones a dos: el despido lícito (que se correspondería con el denominado despido procedente) y el ilícito (con el improcedente o el nulo)<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> Repárese que, como se ha expuesto, para MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA, se trata de una cuestión que no puede categorizarse, pues, según ellos, no puede calificarse como un requisito *ad solemnitatem* pero tampoco *ad probationem*, quedando en una situación intermedia, pues, si bien no comporta la nulidad del despido, comporta -partiendo de lo que denominan principio de irrevocabilidad- la imposición al empresario de una condena alternativa. **MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA.** *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 269. Solución que, a nuestro juicio, resulta un poco forzada y no se ajusta a la verdadera naturaleza de esta institución.

<sup>323</sup> RTC 58.

<sup>324</sup> En términos similares, SSTC n° 69, 26 de julio 1983 (RTC 69); n° 109, 26 de noviembre 1984 (RTC 109); n° 205, 21 de diciembre 1987 (RTC 205).

<sup>325</sup> Si se opta por la prestación por equivalente, habrá que acudir a las normas sobre ejecución dineraria, esto es, arts. 246 y ss. TRLPL. Mientras que si se opta por la obligación específica, debe acudirse a las normas previstas en los arts. 276 y ss. *Vel.* al respecto, entre otros, **ORTIZ LALLANA.** *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 117 y 118.

<sup>326</sup> En términos similares, **RÍOS SALMERÓN.** *Despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 305; **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.** *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 487; y **GÁRATE CASTRO.** *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación*, *op. cit.*, p. 283; y *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre el general restablecimiento, con algunos cambios, del precedente régimen jurídico de los salarios de tramitación.* RTS n° 151, 2003, p. 12: “partiendo de la ilicitud tanto del despido improcedente como del nulo, cabe esperar que la norma estatal asuma que debe haber, sino una absoluta, al menos una importante coincidencia de los principales efectos de uno y otro”. Por tanto, no puede aceptarse, como expone **GORELLI HERNÁNDEZ** (que cita a **CARMONA RUANO**), que el despido calificado como nulo “deja de tener *ex tunc*

Una vez declarada la ilicitud desde un punto de vista sustantivo, y condenado el empresario al cumplimiento de una obligación de hacer (la readmisión), la respuesta del derecho procesal en la fase ejecutiva exigiendo con mayor o menor intensidad el cumplimiento de la obligación específica por su actuación ilícita, se reduce a dos: mientras que en el despido nulo, la posibilidad de cumplir por equivalente se restringe al máximo (admitiéndose sólo en los supuestos del art. 284 TRLPL<sup>327</sup>). En el despido improcedente, por razones de economía procesal, resulta mucho más sencilla. Y, en este sentido, la evolución del despido a lo largo de la historia evidencia la tendencia del Legislador por agilizar los trámites procesales. Y, no sólo se han incorporado normas procesales al derecho sustantivo, sino que, incluso, se faculta al sujeto incumplidor para admitir su ilicitud y cargar con las consecuencias que ello acarrea, sin necesidad de acudir a un órgano judicial. Lo que, sin duda, ha contribuido a confundir su correcta comprensión.

Este tratamiento diferenciado responde única y exclusivamente a criterios de política legislativa. Y, más concretamente, a cuestiones de “oportunisto político” y no a razones de carácter técnico-jurídico del comportamiento ilícito del empresario. A continuación, un botón de muestra. Como se sabe, durante la vigencia del RDLRT<sup>77</sup>, se establece que “el despido nulo tendrá los mismos efectos que el improcedente” (art. 16); y vigente el ET<sup>80</sup>, el incumplimiento de las obligaciones de forma y de procedimiento acarrea la calificación de nulidad del despido así como el producido durante la suspensión de la relación de trabajo y no declarados como procedentes, y ahora ya no; y, en la actualidad, si el despido de una embarazada no es calificado como lícito se entiende que es nulo<sup>328</sup>. Circunstancias que lejos de evidenciar una transformación en la conceptualización de la ilicitud de la actuación del empresario, ponen de manifiesto su carácter contingente y, si se me permite, “*parajurídico*”. De hecho, la propia evolución de la conceptualización de la noción de “nulidad” evidencia este aspecto, pues, se ha pasado de equipararla con aspectos puramente formales, para, posteriormente, equipararla además a elementos materiales y, finalmente, en la actualidad, para referirse únicamente a un aspecto puramente sustantivo<sup>329</sup>.

---

(...) el efecto extintivo recogido en el art. 49.11 y el contrato continua vigente, al no operar sobre él ninguna causa eficaz de extinción”. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 68. Si así fuera, no podría aceptarse la eficacia originaria de ningún despido hasta que hubiera intervenido un órgano jurisdiccional calificando la decisión del empresario. Especialmente, si se tiene en cuenta que en virtud del art. 108.3 TRLPL con independencia de la forma del despido, el órgano judicial debe pronunciarse siempre sobre la existencia o no de la discriminación o atentado a derechos fundamentales alegados por el trabajador. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, p. 214 y ss.

<sup>327</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>328</sup> De hecho la doctrina laboral afirma que el mantenimiento en el TRET de la calificación de nulidad para los supuestos de incumplimientos de los requisitos de forma exigidos en las resoluciones por causas objetivas, responde “a un específico interés legal”. **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 41. Y no, por tanto, a un determinado comportamiento del empresario.

<sup>329</sup> **RÍOS SALMERÓN**. *Despido disciplinario*, op. cit., p. 312. *Vid.* también, **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, op. cit., p. 53 y ss.



La posibilidad de restituir al trabajador a la situación original, como si el despido no hubiera ocurrido, tradicionalmente ha suscitado numerosos conflictos y reticencias. El primero, la propia concepción histórica de la infungibilidad de la obligación de readmitir. Planteamiento, en la actualidad, difícilmente defendible desde el instante que la readmisión es impuesta en determinadas situaciones o bien es una opción que se otorga a determinados trabajadores<sup>330</sup>.

Al margen de esta cuestión, lo cierto es que puede entenderse que en los supuestos de despido ilícito (esto es, nulo o improcedente) el empresario está obligado a restituir al trabajador en su posición original, es decir, a readmitir. Y, sólo en el supuesto de que no lo haga, debe abonar la prestación equivalente (la indemnización legal tasada). El detallado análisis de la evolución histórica del despido realizado corrobora este planteamiento y las circunstancias que han acabado desembocando en este tratamiento legal. Por consiguiente, la diferencia primordial entre la calificación judicial de la nulidad y de la improcedencia es única y exclusivamente de *intensidad en la exigencia de la obligación específica*. Esto es, en la mayor o menor facilidad con la que una condena a una obligación de hacer se transforma en trámite de ejecución en una obligación pecuniaria<sup>331</sup>. Y esta *operación de transformación de la condena* no está intrínsecamente unida a un específico comportamiento ilícito del empresario, de modo que se establezca una *necesaria e intrínseca correlación lógico-jurídica* entre una determinada actuación ilegal en la decisión de despedir y el modo cómo se va a exigir al empresario el cumplimiento de la obligación que se le ha impuesto por su comportamiento ilícito; sino que depende de una determinada política legislativa (y, por tanto, es mutable)<sup>332</sup>.

Por otra parte, reiterando una idea expuesta con anterioridad, el hecho de que en la actualidad se esté admitiendo la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios en los casos de lesión de derechos fundamentales, lejos contribuir a diferenciar la nulidad de la improcedencia, se erige en un argumento que definitivamente acaba por equipararlas<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Extensamente al respecto, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 160 y ss. *Vid.* también, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 161.

<sup>331</sup> *Cfr.* **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992, p. 374.

<sup>332</sup> Como afirma **GORELLI HERNÁNDEZ** “puede afirmarse que el origen jurídico de la infungibilidad de la readmisión reside en posiciones ideológicas y económicas muy concretas: es producto de la ideología liberal, hoy día socialmente superada, aunque no ocurra así con este producto suyo”. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 161 (*vid.* también, p. 192). Por su parte, **MINAMBRES PUIG** también defiende que la exigencia de la readmisión obligatoria responde a cuestiones de política social y no a un planteamiento de estricta técnica jurídica. **MINAMBRES PUIG**. *El despido verbal*, op. cit., p. 22. *Vid.* también, **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 374.

Desde esta perspectiva queda desvirtuada, por tanto, una determinada corriente doctrinal (y judicial) que aspira a dar de nuevo vigencia a la figura del despido nulo por fraude de ley, pues, no existe factor jurídico alguno que inexorablemente vincule el comportamiento ilícito del empresario con el cumplimiento específico de la obligación que se le imponga por el mismo.

<sup>333</sup> *Vid.* al respecto extensamente *infra*.

En definitiva, debe establecerse una clara distinción entre el tratamiento sustantivo del despido y las reglas que determinan su validez (como negocio jurídico), por un lado, y las cuestiones estrictamente procesales de ejecución de la condena impuesta al empresario incumplidor, y con especial atención en aquellas que se han acabado *sustantivizando*, por otro; pues, responden a planteamientos y lógicas operativas claramente diferenciados.

### ***1.2.2.3.2.- La calificación del despido: análisis de los efectos jurídicos sustantivos y procesales y su impacto en la estabilidad en el empleo.***

#### ***a.- Efectos jurídicos de la procedencia del despido.***

El despido puede ser calificado como procedente, improcedente o nulo. Si se califica como *procedente*, quiere decir, primero, que la causa alegada por el empresario concurre (que se ha producido un incumplimiento grave y culpable – art. 108.1 TRLPL - y que se han cumplido las formalidades exigidas) y, por consiguiente, el Juez ha estimado que efectivamente ha concurrido la ruptura de la causa del contrato. Se confirma la concurrencia de un incumplimiento imputable, esto es, de un comportamiento deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

En segundo lugar, significa que el órgano jurisdiccional ha confirmado la resolución extrajudicial ejercida por el empresario, declarando su adecuación a la legalidad (sentencia declarativa). De modo que el despido surge sus efectos desde el momento mismo de la decisión empresarial (esto es, con eficacia *ex tunc*). Y, finalmente, que el trabajador no tiene derecho a indemnización alguna, ni tampoco a los salarios de tramitación (art. 55.7 TRET y art. 109 TRLPL).

Sin que la legislación laboral impida de forma expresa que el empresario pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios al trabajador por su conducta.

#### ***b.- Efectos jurídicos de la improcedencia del despido: la condena al cumplimiento específico o por equivalente.***

Si el empresario incumple los requisitos de forma (incluida la falta de expediente de los representantes de los trabajadores o su defecto esencial – arts. 55.1.3, 55.4 TRET y 108.1 TRLPL), o bien, no ha quedado suficientemente acreditada la causa alegada, el despido debe calificarse como improcedente. Sin olvidar, al respecto, que la improcedencia se ha convertido

en una categoría general con un alcance subsidiario, pues, se acude a ella cuando el despido no puede ser calificado ni como procedente ni como nulo<sup>334</sup>.

El despido calificado como improcedente comporta para el empresario, por lo menos, la readmisión del trabajador o bien el abono de la indemnización legal tasada, y en ambos casos el pago de los salarios de tramitación. La cuestión es si, además, cabe reclamar una indemnización de daños y perjuicios (si concurren). A nuestro entender, como tratará de exponerse posteriormente, sí.

En este sentido, debe recordarse - a riesgo de ser excesivamente reiterativo - que, a nuestro juicio, el conocido como “derecho de opción”, no es más que la traducción positiva de una “elección” que, pese a no contar con la aprobación del ordenamiento jurídico, siempre dispone el deudor en las obligaciones personalísimas, y el mecanismo a través del cual el objeto de la obligación principal (la readmisión) es transformado por su equivalente (indemnización).

- Desde que la LCT<sup>31</sup> “positivizara” el cumplimiento de la prestación por equivalente como un “derecho de opción” (art. 51 LJM<sup>31</sup>), es evidente que la titularidad de esta facultad pasa a convertirse en una – lógica - reivindicación obrera (RODRÍGUEZ-PIÑERO) y en una buena muestra de la intensidad con la que se pretende salvaguardar la conservación del contrato de trabajo. Lo que motivará hasta el estallido de la Guerra Civil diversos cambios legislativos, sin que ninguno llegue a consolidarse en el ordenamiento jurídico laboral<sup>335</sup>.

Acabada la Guerra Civil, la Ley 6 de noviembre 1941<sup>336</sup>, que modifica el art. 51 LJM<sup>31</sup>, atribuye la titularidad del “derecho de opción” a los trabajadores en las empresas de más de 50 trabajadores. Criterio recogido al poco tiempo en el art. 81.3º LCT<sup>44</sup>. Posteriormente, el D<sup>56</sup> altera considerablemente el régimen previsto en la LCT<sup>44</sup><sup>337</sup>. Se mantiene la dimensión de la plantilla, como criterio delimitador de la titularidad del “derecho de opción” (art. 5.3.b D<sup>56</sup>), pero se liberaliza considerablemente la carga del empresario<sup>338</sup> (lo que provoca una desigualdad

---

<sup>334</sup> **CASAS BAAMONDE**. *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994*, op. cit., p. 246 y 247; **DESDENTADO BONETE** y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, op. cit., p. 82; **MONTOYA MELGAR**. *El despido improcedente y sus efectos*, op. cit., p. 510 y 511; y **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 242.

<sup>335</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>336</sup> BOE 20 de noviembre.

<sup>337</sup> Hasta la fecha, el derecho de opción correspondía a los enlaces sindicales y a los trabajadores que ostenten cargos sindicales (Decreto 7 de diciembre 1945, BOE 28 diciembre); a los enlaces sindicales de la sección femenina de la FET o de las JONS (Decreto 25 de abril 1947, BOE 5 de mayo); vocales de jurados de empresa (art. 83 Decreto 11 de septiembre 1953, Reglamento Jurados de Empresas, BOE 30 de octubre); caballeros mutilados; porteros de fincas urbanas (Orden 30 de junio 1948, BOE 9 de julio). Para un sector de la doctrina, la promulgación del D<sup>56</sup> supuso la derogación del derecho de opción atribuido a estos colectivos, **GONZÁLEZ VELASCO** y **VIVES USANO**. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, op. cit., p. 761.

<sup>338</sup> En primer lugar, si el derecho de opción corresponde al empresario y no lo ejercita en el plazo de 5 días desde la firmeza del fallo, se entiende que opta por la indemnización (art. 6 D<sup>56</sup>). En segundo lugar, si el trabajador opta por la readmisión la empresa puede negarse a la misma, ante lo cual debe iniciarse el incidente de no readmisión denominado “indemnización de daños y perjuicios por no readmisión”, *ex* art. 7 D<sup>56</sup> (lo mismo si la empresa realiza una readmisión irregular). En tal caso, se inicia un nuevo procedimiento ante la Magistratura, en virtud del cual, se reemplaza “la anulación del despido que implicaba la readmisión obligatoria por otra nueva

sustancial con respecto a las empresas de menos de 50 trabajadores)<sup>339</sup>. Por otro lado, según el D'56, se establecen un conjunto de medidas que tratan de proteger a determinados trabajadores por el modo de acceso a la empresa<sup>340</sup>.

Posteriormente, el art. 99 TRLPL'63 introduce un matiz en la regulación sobre el “derecho de opción” que, desde la promulgación del D'56 había permanecido sin cambios<sup>341</sup>. En concreto, se establece que si el despido está motivado por la “participación del trabajador en un conflicto colectivo con inobservancia de las normas legales”, el “derecho de opción” corresponde siempre al empresario. Sin embargo, si se demuestra que el trabajador “no ha tenido participación alguna en el conflicto”, se mantiene el régimen de opción en función de la dimensión de la empresa<sup>342</sup>.

Finalmente, en el caso de que el despido sea declarado nulo (por omisión de la carta de despido, por despido tramitado sin expediente previo – salvo los casos de conflicto colectivo - y por extinción del contrato motivada por crisis sin la preceptiva autorización previa<sup>343</sup>), no cabe otra opción que cumplir con la readmisión del trabajador (Art. 113 TRLPL'58<sup>344</sup>); y, si la misma no se cumple, el trabajador en ejecución de sentencia no puede pedir una indemnización

---

indemnización”. Cuyo importe oscila entre 6 meses y 4 años de jornal sin que en ningún caso pueda ser inferior “que el importe de la fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido” (art. 8 D'56). Un sector de la doctrina entiende que la primera indemnización no queda absorbida por el importe de la segunda, sino que deben sumarse, dado que la finalidad del nuevo trámite consiste en sancionar la no readmisión del trabajador impuesta por la sentencia. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 618; y **ALONSO OLEA**. *La ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión*. RPS n° 87, 1970, p. 50. En cambio, otro sector entiende que las indemnizaciones no son acumulables, dado que la segunda es sustitutiva de la readmisión, y al optar por ésta, el trabajador renunció a la primera. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 148. En cualquier caso, la jurisprudencia solventa este problema no estableciendo indemnizaciones superiores a los 4 años. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**, *op. cit.*, p. 619.

<sup>339</sup> En efecto, este sistema genera una clara desigualdad entre los trabajadores de las empresas pequeñas (menos de 50 trabajadores) y el resto, dado que los primeros sólo pueden recibir una indemnización cuyo importe máximo puede alcanzar un año de salario, mientras que los segundos pueden alcanzar hasta los 4 años. La doctrina entiende que se trata de una medida dirigida fundamentalmente a proteger a la pequeña empresa (en términos de plantilla exclusivamente), en perjuicio de los trabajadores. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 624; **DEL PESO Y CALVO**. *La estabilidad en el empleo*, *op. cit.*, p. 194; y **TOVILLAS ZORZANO**. *Sobre el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*, *op. cit.*, p. 112 y 113.

<sup>340</sup> Así, el trabajador tiene reconocido siempre el derecho de opción si accede a la empresa por medio de un concurso-oposición y, además, si opta por la readmisión, ésta es obligatoria para la empresa (art. 12 D'56). Norma que se integrará sin apenas variaciones al art. 203 TRLPL'58, al art. 217 TRLPL'63 y al art. 213 TRLPL'66.

<sup>341</sup> El procedimiento establecido en el D'56 se integra sin modificaciones en los arts. 93 a 113 (proceso de despido) y 198 a 204 (ejecución) del TRLPL'58. Y el TRLPL'63 mantendrá el contenido de su precedente, aunque modificando la numeración de las normas relativas a la ejecución de las sentencias (arts. 212 a 218 TRLPL'63). El TRLPL'66 también mantiene, en esencia, el contenido de su precedente, aunque modificando de nuevo la numeración de la ejecución (arts. 212 a 218). Finalmente, la TRLPL'73, manteniendo en lo esencial la regulación anterior, modifica la numeración (proceso de despido, arts. 97 a 117; y ejecución, arts. 208 a 214).

<sup>342</sup> Regla que se mantendrá en el TRLPL'66 (aunque se cambiará la numeración – art. 103). Por otra parte, en virtud del art. 4 Decreto 1384/1966, 2 de junio, los trabajadores que desempeñan cargos electivos de origen sindical, tienen reconocido el derecho de opción en los supuestos de despido improcedente, con independencia del número de trabajadores fijos a los que diese ocupación el empresario y de la relación del despedido con su supuesta participación en un conflicto colectivo ilegal. Posteriormente, el TRLPL'73 no modifica el contenido del TRLPL'66,

<sup>343</sup> **ALONSO OLEA**. *La ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>344</sup> Art. 113 TRLPL'63; art. 117 TRLPL'66; y art. 117 TRLPL'73.

sino solicitar el abono de los salarios devengados de forma indefinida, hasta que la readmisión finalmente tenga lugar<sup>345</sup>.

La LRL'76, como se ha analizado, hace desaparecer el “derecho de opción”, pues, la improcedencia del despido lleva aparejada la readmisión del trabajador en sus propios términos, salvo casos excepcionales (apartado 1º y 4º art. 35 LRL'76)<sup>346</sup>. Y, el RDLRT'77 consolidará el cambio de orientación que se produce con la reforma introducida por el Decreto-Ley 18/1976<sup>347</sup>, modificando por completo el régimen previsto en la LRL'76. No sólo se vuelve a conceder el “derecho de opción” al empresario – pese a optar prioritariamente por la readmisión (apartados 2º y 3º art. 37 RDLRT'77) –, sino que, además, equipara los efectos del despido nulo a los del improcedente (párrafo 3º art. 36 RDLRT'77)<sup>348</sup>.

Finalmente, el ET'80 al igual que en el ordenamiento jurídico vigente, el empresario tiene la titularidad del “derecho de opción”, correspondiendo al trabajador si se trata de un representante legal o sindical (a partir de la promulgación de la LO 11/1985, 2 de agosto, de Liberta Sindical – en adelante, LOLS).

- En el régimen jurídico del TRET, la elección entre readmitir o indemnizar corresponde al empresario, salvo que la ley, el convenio colectivo, un pacto individual o una conciliación judicial o extrajudicial se lo reconozca al trabajador<sup>349</sup>.

Notificada formalmente la sentencia, el empresario en el plazo de cinco días y sin necesidad de esperar a su firmeza puede optar por readmitir o indemnizar (art. 56.1 TRET y 110.1 TRLPL)<sup>350</sup>. Entendiéndose, si no se pronuncia al respecto, que ha optado por la prestación específica (art. 56.3 TRET).

---

<sup>345</sup> ALONSO OLEA. *La ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión*, *op. cit.*, p. 71. Para el supuesto de que la readmisión en un supuesto de despido nulo se calificara como imposible, se admitía la posibilidad sustituir la prestación específica por la equivalente (p. 73 y 74).

<sup>346</sup> Reforma que irá acompañada de la modificación de los arts. 103, 104 y 213 TRLPL'73 por el Decreto 1925/1976, 16 de julio (BOE 14 de agosto 1976).

<sup>347</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe III del Apartado B del Capítulo III (Primera Parte).

<sup>348</sup> Aunque en los despidos improcedentes de trabajadores con cargo electivo de carácter sindical “la obligación del empresario de readmitir deberá cumplirse en sus propios términos sin posibilidad de sustitución sin resarcimiento de perjuicios, salvo acuerdo voluntario de las partes”. Art. 37.6 RDLRT'77. No obstante, al no incluirse una norma procesal que garantizara dicho cumplimiento *in natura*, tuvo que acudir a las normas previstas en el art. 208 y ss. TRLPL'73 (en la nueva redacción efectuada por el Decreto 1925/1976) para garantizar la efectiva readmisión. *Vid.* al respecto, BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>349</sup> Según las SSTS 11 de marzo 1997 (RJ 2313); 11 de mayo 1999 (RJ 6732); 22 de septiembre 2005 (RJ 8607), la titularidad de esta facultad tiene carácter de derecho necesario relativo; razón por la cual puede ser mejorada por pactos individuales o colectivos alterando la configuración legal del derecho de opción y desplazándolo a favor de otros trabajadores distintos de los representantes legales y sindicales.

<sup>350</sup> Opción que no es posible para el caso de que el contrato sea temporal y se haya extinguido antes de dictar la sentencia. En tal caso, el empresario deberá abonar la indemnización legal tasada prevista para el despido improcedente. SSTS 29 de enero y 14 de abril 1997 (RJ 641 y 4222). Una aproximación doctrinal a esta cuestión en, DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, *op. cit.*, p. 92 y ss.

En cambio, el “derecho de opción” corresponde al trabajador si se trata de un representante legal o sindical (art. 56.4 TRET y 110.2 TRLPL)<sup>351</sup>. Estimándose, para el caso que no se pronuncie, que opta por la readmisión. Opción que, pese a la terminología empleada (se refiere sólo al “despido”) debe predicarse con respecto a cualquier supuesto resolutorio y no sólo a la resolución por incumplimiento grave y culpable<sup>352</sup>. Por otra parte, la STS 29 de diciembre 1998<sup>353</sup> ha extendido el “derecho de opción” a la prórroga de un año que el art. 68.c) TRET atribuye a la denominada “garantía de inmunidad”.

La repercusión de la fuente de que la que deriva el reconocimiento de esta opción es extraordinaria, porque, como se analizará, la reacción procesal en la fase ejecutiva varía sustancialmente (exigiéndose en sus “propios términos” en todos los supuestos, salvo que se reconozca en virtud de conciliación extrajudicial o judicial<sup>354</sup>).

Por otra parte, conviene recordar que a pesar del reconocimiento de este “derecho de opción”, existen algunos supuestos en los que la posibilidad de readmitir o bien no es posible<sup>355</sup>; o bien plantea algunas particularidades en función de la naturaleza del empresario<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> *Vid. supra* en cuanto a la posibilidad de extender estas garantías a otros colectivos de trabajadores.

<sup>352</sup> SSTS 23 de marzo 1995 (RJ 5897); y 20 de marzo 1997 (RJ 2607). En la doctrina, a favor de este criterio, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 39. Y, en contra, **TUDELA CAMBRONERO**. *Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>353</sup> RJ 1999\447.

<sup>354</sup> *Vid. al respecto infra*.

<sup>355</sup> Si en el momento de dictar sentencia el contrato temporal se ha extinguido por transcurso del término, el empresario sólo está obligado al abono de la indemnización legal tasada. STS 29 de enero 1997 (RJ 641). En estos supuestos, como se ha expuesto, el empresario debe abonar (por lo menos) la indemnización legal tasada porque debe entenderse que la imposibilidad objetiva no le exonera de responsabilidad por incurrir en mora. Sin que, por otra parte, quepa la posibilidad de compensar las indemnizaciones que el trabajador haya podido ir recibiendo por extinción de los contratos temporales con la que le corresponde por despido improcedente. STS 31 de mayo 2006, rec. n.º 1802/2005 (RJ 3353). Un comentario de este pronunciamiento en, **FERNÁNDEZ MÁRQUEZ**. *Indemnizaciones por despido y contratación temporal (a propósito de la STS de 31 de mayo de 2006 y otras cuestiones*. RL n.º 12, 2007.

<sup>356</sup> En concreto, si se trata de una administración pública, la STS 7 de octubre 1996 (RJ 7492), siguiendo la doctrina de las SSTS 24 de enero y 19 de julio 1994 (RJ 865 y 6684), que reiteran jurisprudencia anterior, “los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de deberes de indemnización o de readmisión. Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones públicas de atendimento a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en la materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública, y puede formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”. Así pues, como es sabido, se establece una distinción entre “fijeza” y “carácter indefinido”, a tenor de la cual (SSTS 19 de enero 1999, RJ 2474) “el carácter indefinido del contrato a partir de estas consideraciones hay que examinar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a la que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico segundo. El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a

En cualquier caso, con independencia de quien sea su titular, sólo caben dos posibilidades: readmitir o indemnizar.

### ***b.1.- La readmisión: el cumplimiento específico de la obligación.***

La readmisión es, siguiendo a GORELLI HERNÁNDEZ, una “obligación compleja”<sup>357</sup> que exige una “restitución completa del *status* anterior, sin ningún tipo de alteraciones unilateralmente establecidas por la empresa en relación al contrato que unía a las partes”; por tanto, debe ser realizada “en el mismo puesto de trabajo como expresión del conjunto de derechos y obligaciones que nacen del contrato, y que configuraban la posición del trabajador con anterioridad al despido”<sup>358</sup>. Desde un punto de vista contractual, partiendo de la base de que la decisión empresario no tiene eficacia originaria, no puede aceptarse que la readmisión “restablece o reanuda, soldándola o haciéndola ‘renacer’, una relación contractual que estaba rota”<sup>359</sup>; o que la “característica esencial de la sentencia que impone la readmisión es, precisamente, la de soldar el contrato de trabajo ilícitamente roto”<sup>360</sup>. Tal y como se ha apuntado anteriormente, la calificación del despido como nulo o improcedente comporta que el negocio jurídico en que consiste la decisión de despedir no ha producido efectos (*ex tunc*), de tal modo que debe entenderse que la relación de trabajo debe continuar como si nada hubiera ocurrido y la relación laboral no se hubiera interrumpido en ningún momento<sup>361</sup>.

### ***b.2.- La indemnización legal tasada: el cumplimiento por equivalente de la obligación.***

En cuanto a la *indemnización legal tasada*, para el supuesto de que la readmisión no sea efectiva, el trabajador tiene derecho a una compensación tasada de 45 días por año de servicio,

---

adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

Un breve análisis en la doctrina al respecto en, CASAS BAAMONDE. *El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994*, op. cit., p. 255 a 260.

<sup>357</sup> Siguiendo, en parte, el planteamiento del citado autor, la readmisión comporta, por un lado, una obligación instrumental de restablecimiento del trabajador en la empresa, como si el despido no se hubiera producido (GORELLI HERNÁNDEZ, en cambio, afirma “procurando que se proceda a la reactivación del contrato de trabajo”); y, por otro lado, la continuación leal por parte del empresario de la relación laboral. GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 70, 73 y ss.

<sup>358</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 56 y 57. En concreto, como expone el citado autor – a partir del análisis jurisprudencial de los supuestos de readmisión irregular (*vid. infra*) –, es preciso que se produzca una ocupación efectiva del trabajador en la misma posición subjetiva que tenía antes del despido (en el sentido locativo – en el mismo puesto; y disfrutando de los mismos derechos y obligaciones que tenía con anterioridad) – p. 57 a 60.

<sup>359</sup> MARTÍN VALVERDE. *Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido libre*, op. cit., p. 156.

<sup>360</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 56 y 57.

<sup>361</sup> Efectos que la doctrina sólo reconoce para los supuestos en los que el despido sea calificado judicialmente como nulo. *Vid.* al respecto, entre otros, GORELLI HERNÁNDEZ. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 62.

con un máximo de 42 mensualidades. La doctrina, la jurisprudencia y la doctrina judicial son partidarias de identificar esta compensación con una indemnización de daños y perjuicios<sup>362</sup>. Sin embargo, existen poderosos argumentos para defender que la misma únicamente se refiere a la prestación por equivalente por la no readmisión. Por consiguiente, el análisis de la naturaleza jurídica resulta extraordinariamente relevante, especialmente, si se observa que de admitirse la tesis que se defiende, cabría la posibilidad de que el trabajador reclamara, además de la indemnización legal tasada, una indemnización de daños y perjuicios. Aspecto que será analizado con más detalle con posterioridad.

La indemnización legal tasada viene delimitada por dos parámetros: por un lado, el salario del trabajador en la fecha de despido o bien el que quede determinado en la sentencia que reconozca su improcedencia<sup>363</sup> (salvo en los supuestos de reducción de jornada previsto en los reducciones de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7, y en el párrafo 10º arts. 48.4 y 48.bis TRET)<sup>364</sup>. Y, por otro lado, el tiempo de servicios en la empresa<sup>365</sup>.

Sin ningún género de dudas, puede afirmarse que el nudo gordiano de la estabilidad en el empleo gravita alrededor de este importe. Sin perjuicio de lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este trabajo y en concordancia con lo ya apuntado con anterioridad al respecto, conviene reiterar que, desde la perspectiva del análisis económico, el importe de la indemnización, al fijar un precio de salida y supeditarlo al coste de oportunidad del empresario,

---

<sup>362</sup> En concreto, se afirma – entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo 2006 (JUR 255376) – que la indemnización prevista en el art. 56.1.a) TRET es “una indemnización tasada legalmente y que, por tanto, no tiene en cuenta ni valora el daño realmente producido en relación con la situación concreta del trabajador. De modo que como ya señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1990 (RJ 9760), dictada por el Pleno de la Sala, el carácter tasado de la indemnización impide reconocer ‘el valor de restitución en su integridad que a veces se ha pretendido atribuirle, pues se trata de una compensación de contenido tasado y previamente fijado por la Ley, sin que le sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los daños y perjuicios’”.

<sup>363</sup> Importe que puede ser resuelto en el proceso de despido. STS 7 de diciembre 1990 (RJ 9760). Aunque sin posibilidad de que dicho importe pueda ser actualizado en función de los incrementos salariales que se hayan podido producir con posterioridad al despido. STS 7 de diciembre 1990 (RJ 9760).

<sup>364</sup> D. Ad. 18ª TRET. Regla que tiene su origen en la doctrina de la jurisprudencia y de la doctrina judicial. STS 11 de diciembre 2001 (RJ 2002\2025); SSTSJ País Vasco 30 de noviembre 2004 (AS 3981); y Cataluña 6 de abril 2005 (AS 1008) y 18 de junio 1999 (AS 2424).

<sup>365</sup> En este sentido, la jurisprudencia considera que debe establecerse una distinción entre los conceptos “tiempo de servicios” y “antigüedad”. En concreto, se sostiene que “que el tiempo de servicios que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente guarda relación con el de trabajo realizado, de modo que la antigüedad reconocida fuera de este módulo, solamente incide en el cálculo de la indemnización por despido, cuando fuera, así, expresamente reconocida por pacto individual o en el orden normativo aplicable”. STS 21 de marzo 2000 (RJ 3421). Y las SSTS 30 de junio 1997 (RJ 4950) y 26 de septiembre 2001 (RJ 2002\322) sostienen que el período de excedencia forzosa, sólo incluye el derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad de su vigencia pero no el de tiempo de servicio. Tampoco repercute en el cómputo del tiempo de servicios, el período en el que un trabajador permanece como alto directivo, pues, se alega que la relación de trabajo durante ese tiempo estaba en suspenso. STS 18 de febrero 2003 (RJ 3806). Finalmente, para los supuestos de contratación temporal sucesiva que se califique como ilícita, se estima que el “tiempo de servicios” lo constituye toda la secuencia temporal, salvo que entre la finalización de un contrato y el inicio de otro medie un período de tiempo superior a 20 días (salvo que, se observe una actualización fraudulenta en la contratación para obviar esta regla). SSTS 13 de octubre 1998 (RJ 7429); 30 de marzo 1999 (RJ 4414); y 29 de mayo 1997 (RJ 4473). En la doctrina, *vid.* **MELLA MÉNDEZ**. *Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto ‘años de servicio’ para el cálculo de la indemnización por despido*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 289 y ss.; y **MARÍN MORAL**. *La indemnización por despido*. Cuadernos de Aranzadi Social nº 16, 2003, versión digital (BIB 2003\1636).



no sólo está definiendo *el reparto de los costes* que se derivan de la extinción injustificada del contrato que se estima más adecuado, sino que, simultáneamente, está marcando con qué intensidad se quiere prevenir una determinada contingencia o, hasta dónde se quiere proteger el empleo. Es decir, nos informa del nivel de riesgo que, debe presumirse, es el que el Legislador estima que es el socialmente deseado. Precisamente, uno de los aspectos más importantes al respecto es tratar de averiguar si la decisión de fijar esta cuantía (y no otra, al alza o a la baja) responde a este objetivo. Es decir, si en el momento en el que se decide que la indemnización debe ser de 45 días por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades, es porque se sabe (o se tiene algún tipo de certeza) que con ello se va a alcanzar el nivel de extinciones injustificadas que la sociedad española está dispuesta a aceptar. Sin negar la complejidad de identificar el importe “exacto” que más se ajuste a este propósito, la pregunta que subyace en este planteamiento es si el Legislador, al tomar esta decisión, ha tenido en cuenta este enfoque del problema. Echando una vista al pasado y observando que la cuantía de la indemnización no ha sido modificada en prácticamente 30 años (salvo en los contratos de fomento de la contratación indefinida – aunque, como se expondrá<sup>366</sup>, éste es un importe que tiene una particular lógica operativa), se está en disposición de responder, aun a riesgo de equivocarse, en sentido negativo. La cuantía indemnizatoria prevista para las extinciones injustificadas en el TRET no parece ser una respuesta a la pregunta previa de qué número de extinciones injustificadas está dispuesta a asumir la sociedad española (salvo que se entienda que esta “demanda social” no ha cambiado en tres décadas o que no se ha modificado porque no se ha reclamado suficientemente el cambio).

### ***b.3.- Los salarios de tramitación: la responsabilidad por mora del empresario.***

En cuanto a los *salarios de tramitación*, el trabajador tiene derecho a su percibo si desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia que declare su nulidad o improcedencia; o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación” (arts. 56.1.b y 55.6 TRET). Lo cierto es que el importe de esta responsabilidad por mora del empresario puede ser tan elevado que, incluso, como se sabe, puede llegar a superar la cuantía de la indemnización legal tasada. Lo que no sólo es generador de efectos perversos, pues, persuade a los trabajadores a dilatar al máximo el proceso judicial, sino que, *de facto*, se traduce en un incremento del precio de salida del contrato. Lo que, a la postre, comporta una

---

<sup>366</sup> Vid. el Apartado C del Capítulo III de la Segunda Parte de este estudio.

intensificación de la salvaguarda del empleo, al encarecer la decisión empresarial de extinguir el contrato sin causa.

Sin embargo, el Legislador en 2002 se propuso alterar esta dinámica. Como se sabe, el empresario está facultado para acortar el devengo de los salarios de tramitación si reconoce su improcedencia en el período que existe desde la fecha del despido hasta la de la conciliación (incluso en la propia carta de despido, aunque pueda parecer contradictorio<sup>367</sup>) – art. 56.2 TRET. Ahora bien, si ofrece la indemnización por despido improcedente, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de 48 horas desde la fecha del despido<sup>368</sup>, no está obligado al abono de los salarios de tramitación (“no devengará cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación” – art. 56.2 TRET). Así pues, si el trabajador acepta la indemnización ofrecida o, incluso, no aceptándola el despido es posteriormente declarado improcedente, los salarios de tramitación quedan limitados a los devengados desde la fecha del despido a la del depósito, o bien, no son exigibles si se reconoce la improcedencia en el plazo anteriormente citado<sup>369</sup>. Posibilidad que sólo se reconoce en el supuesto de que el denominado “derecho de opción” lo ostente el empresario (y no, por tanto, si lo tiene reconocido el trabajador por ser representante de los trabajadores o por así conferírsele el convenio colectivo o pacto individual)<sup>370</sup>.

De tal modo, por tanto, para la exoneración es preciso que se dé el reconocimiento (expreso o tácito de la improcedencia<sup>371</sup>) y el depósito<sup>372</sup>.

---

<sup>367</sup> **PÉREZ-BENEYTO ABAD.** *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias, op. cit., p. 262.*

<sup>368</sup> Debe entenderse como días hábiles (descontándose los días inhábiles para su cómputo). STS 26 de octubre 2006 (RJ 7723). En la doctrina, defendiendo esta interpretación, **GÁRATE CASTRO.** *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación, op. cit., p. 307;* **ALEGRE NUENO y TOSCANI GIMÉNEZ.** *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril.* ASoc nº 7 y 8, 2006, versión digital (BIB 2006\927); y **SEMPERE NAVARRO.** *Cómputo de ‘las cuarenta y ocho horas siguientes al despido’ y salarios de tramitación. Comentario a la STS 26 de octubre 2006.* Repertorio de Jurisprudencia nº 24, 2006, versión digital (BIB 2006\1723).

<sup>369</sup> *Vid.* al respecto, **RÍOS SALMERON.** *La reforma del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002: Despidos y Protección del Fondo de Garantía Salarial.* En “Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre” (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 97.

<sup>370</sup> **PÉREZ-BENEYTO ABAD.** *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias, op. cit., p. 259;* **MARTÍNEZ MOYA y BUENDÍA JIMÉNEZ.** *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: la vuelta al pasado en lo relativo a las consecuencias de la calificación del despido. Otras novedades en el ámbito procesal.* En “Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 131; y **LÓPEZ ANIORTE.** *Los efectos del despido tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.* En “El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002” (Dir. Gorelli Hernández). Laborum. Murcia, 2002, p. 271. *Vid.* al respecto, SJS Sevilla (nº 50) 19 de enero 2004 (AS 13). Ponente: PÉREZ-BENEYTO ABAD. El empresario, en cambio, no dispone de la facultad reconocida en el art. 56.2 TRET en los supuestos en los que “llegue a un acuerdo con el trabajador y éste acepte la readmisión o las cantidades ofrecidas por aquél. En estos supuestos, los salarios de tramitación se devengarán hasta la fecha del acuerdo”. **ALEGRE NUENO y TOSCANI GIMÉNEZ.** *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril, op. cit. (versión digital).*

<sup>371</sup> En este sentido, la STS 30 de mayo 2006 (RJ 3351) ha declarado que “obviamente la comunicación al trabajador es uno de los requisitos para que se paralice el cómputo de los salarios de tramitación. Pero sin que la Ley

especifique la forma en que tal comunicación ha de realizarse, habiendo declarado nuestra sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 3837), que a falta de un requerimiento legal de forma específica, ‘el reconocimiento, (de la improcedencia) tanto puede ser expreso como tácito, y, tratándose de este último, su realidad habrá de desprenderse, sin duda razonable, de las circunstancias que hayan concurrido’”. Criterio seguido, entre otras, por la STS 23 de noviembre 2006 (JUR 292189). Admitiéndose la comunicación efectuada a través del propio Juzgado, cuando haya tenido lugar antes de llevarse a cabo el acto de conciliación. Incluso, con posterioridad a la consignación de la cantidad económica. SSTSJ Castilla y León (Burgos) 11 de octubre 2006 (AS 2836); Castilla y León (Valladolid) 12 de septiembre 2006 (JUR 279381).

<sup>372</sup> En términos generales, como expone la STSJ Comunidad Valenciana 31 de enero 2006 (AS 2316), para que el empresario pueda limitar los salarios de tramitación se exige el cumplimiento de cuatro condiciones: “a) el reconocimiento de la improcedencia del despido; b) el ofrecimiento claro y terminante de la indemnización prevista en el párrafo a), y también de los salarios de trámite devengados, salvo que se realice la consignación en el plazo referido; c) el depósito en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador; y d) la puesta en conocimiento de éste del mencionado depósito, a fin de que pueda disponer de ella”. Entrando más en detalle, la jurisprudencia ha entendido que no basta con ofrecer y entregar la indemnización directamente al trabajador, ni siquiera mediante transferencia bancaria, sino que debe efectuarse el depósito judicial. STS 25 de mayo 2005 (RJ 6510). Aunque para un sector de la doctrina, cabría admitir un ofrecimiento extrajudicial, efectuando el ingreso de la cantidad en la cuenta bancaria en que se venían abonándose las nóminas al trabajador. **SAÍZ DE MARCO**. *Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado*. AL nº 12, 2003, versión digital. Abogando por esta interpretación en la doctrina judicial, STSJ Extremadura 20 de julio 2006 (JUR 247923). En contra, entre otros, **MARÍN MORAL**. *La obligación de abono de salarios de tramitación por incumplimiento del requisito formal del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social*. ASoc nº 1, 2004, versión digital (BIB 2004\259). Por otra parte, la jurisprudencia (STS 27 de abril 1998, RJ 3869; 24 de abril 2000, RJ 4795; 19 de junio 2003, RJ 2004\5408; y 7 de febrero 2006, RJ 4385) en relación con lo que debe estimarse por cumplimiento o incumplimiento de la obligación de consignar las cantidades correspondientes a la indemnización que al trabajador le correspondería percibir por el despido reconocido como improcedente ha manifestado que “a) Que no todas diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (STS 27 de abril 1998); b) Que, en su consecuencia, debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo según se trate de un error excusable en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificable en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión (STS 24 de abril 2000); c) Los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso (STS de 19 de junio 2003). En concreto, “Un indicio de error excusable... es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar; diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable... es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia...; otra causa de error de consignación insuficiente excusable...es la dificultad ‘jurídica’ del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una ‘discrepancia razonable...’ en tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante”. Además, debe comunicarse al despedido de que dicho importe se ha depositado judicialmente y queda a su disposición. Finalmente, como se ha mencionado anteriormente, debe efectuarse efectivamente el ingreso de la cantidad ofertada. En cuanto a la determinación del “error excusable” es “preciso examinar en cada caso concreto si había propósito real de incumplimiento o mero desacierto en el momento de cumplimiento, atendiendo igualmente tanto a la cuantía, si ésta es escasa y por lo tanto perfectamente explicable o justificable por error o discrepancia jurídica razonable, pues de forma análoga el art. 122.3 de la LPL, cabe entender cumplida la exigencia si hay un mero incumplimiento deficiente por error excusable y no una diferencia notable o desproporcionadamente injustificable”. STSJ Cataluña 9 de junio 2004 (AS 2983). *Vid.* una exposición de la evolución al respecto, SSTSJ Extremadura 29 de octubre 2003 (AS 270); y 4 de julio 2002 (JUR 243352). Para la STSJ Comunidad Valenciana 23 de febrero 2004 (JUR 2005\12030) “la posibilidad de errar en una calculo numérico solo puede deberse a los siguientes factores: desde la simple distracción del que hace el calculo, que permite deslizar o distraer un número, o desde la perspectiva de la polémica acerca de algún concepto de entre los que forman parte del calculo, como lo son el salario o la antigüedad” (en términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 13 de mayo 2005, AS 1991). Entendiéndose como error inexcusable, por ejemplo, el cálculo de la indemnización tomando como referencia un salario mensual de 189.000 ptas. cuando en realidad asciende a la cantidad de 375.000 ptas. STSJ Galicia 13 de marzo 2002 (AS 3308). También si el empresario ha abonado un importe inferior (115.000 ptas.) al que le corresponde legalmente al trabajador (375.000 ptas.) en base a una antigüedad intencionadamente calculada “a la baja”. STSJ País Vasco 25 de junio 1996 (AS 2458). En términos similares, STSJ Asturias 17 de octubre 2004 (JUR 41972). El cálculo de la indemnización obviando la antigüedad del trabajador (3 años) con anterioridad a la subrogación en la posición que como empleador tenía su antecesora debe calificarse como un error inexcusable. STSJ Comunidad Valenciana 16 de enero 2003 (AS 2904). O la omisión en el cálculo de la indemnización del salario en especie (STS 26 de julio 2005, RJ 7046). La omisión del salario completo del trabajador cesado, por hallarse en situación de reducción de jornada, y la utilización del importe del salario disminuido para el cálculo no supone un “mero error de cálculo”. SSTSJ Cataluña 4 de marzo 2005 (AS 1131); y Aragón 26 de enero 2005 (AS 849). En cambio, para la STSJ Cataluña 13 de julio 1999 (AS 3426) se trata

Debiéndose entender que, pese a la literalidad de la norma, la cantidad a satisfacer debe ser la indemnización legal así como los salarios de tramitación que en su caso puedan devengarse<sup>373</sup>.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que en tanto que el empresario que ha resuelto el contrato de forma ilícita incurre en mora, debe entenderse que la imposibilidad de cumplimiento de la obligación específica no le exonera de la misma. Por consiguiente, en el caso de fallecimiento del trabajador antes de la declaración de la sentencia y, por tanto, de imposibilidad de cumplimiento de la obligación específica, deberá abonar la prestación por equivalente (indemnización legal tasada) así como los salarios de tramitación<sup>374</sup>.

El devengo de los salarios de tramitación se extenderá bien en la fecha en la que la readmisión tenga lugar, bien hasta la fecha en la que se dicte la sentencia; o bien, hasta el momento en el que el trabajador haya encontrado una nueva ocupación por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>375</sup> (siempre y cuando sea anterior a la sentencia o al auto que da por extinguido el contrato de trabajo)<sup>376</sup>.

---

de un error excusable. De todos modos esta cuestión ha quedado zanjada con ocasión de la LOI y la D. Ad. 18ª TRET (aunque conviene tener presente que no se incluye la reducción de jornada por lactancia, *ex art.* 37.4 TRET). En cambio, se entiende como un error excusable el abono de una indemnización de 1.112.580 ptas., frente a 1.612.690 ptas. que legalmente le corresponde al trabajador teniendo en cuenta su efectiva antigüedad, dadas las discrepancias existentes en el juicio al respecto (motivadas en parte por la pasividad del trabajador). SSTSJ Andalucía (Málaga) 31 de mayo 1995 (AS 2117). O, 863'95 € entregados, frente a los 1722'33 € que le corresponden al trabajador, por la existencia de discrepancias respecto a la antigüedad, STSJ Murcia 26 de agosto 2005 (AS 2551). Tampoco, si la diferencia se debe a los diversos conceptos que integran las retribuciones percibidas. STSJ Navarra 18 de febrero 1998 (AS 863).

<sup>373</sup>STS 21 de septiembre 2006 (RJ 6554). Recogiendo este criterio en la doctrina judicial STSJ Madrid 17 de octubre 2006 (AS 2007\476). En este sentido la doctrina es prácticamente unánime. **GÁRATE CASTRO**. *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación*, *op. cit.*, p. 304; **RENTERO JOVER**. *Algunos aspectos de la nueva regulación del despido*, *op. cit.*, p. 21; **GARCÍA QUIÑONES**. *Obligación de depositar conjuntamente indemnización y salarios de tramitación para limitar su devengo a la fecha del depósito (Comentario a la STS 4ª de 21 de septiembre 2006)*. RL n° 12, 2007, p. 39 y ss.; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** y **MERCADER UGUINA**. *Las reformas en materia laboral de la Ley 45/2002*. En “La Ley 45/2002 de reforma de la prestación por desempleo” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2003, p. 103; **MARTÍNEZ MOYA** y **BUENDÍA JIMÉNEZ**. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: la vuelta al pasado en lo relativo a las consecuencias de la calificación del despido. Otras novedades en el ámbito procesal*, *op. cit.*, p. 133; **COSTA REYES**. *Responsabilidad de la empresa principal por salarios de tramitación tras la Ley 45/2002: ¿una reforma sin cambios?*, *op. cit.* (versión digital); **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, *op. cit.*, p. 263; **MOLERO MARAÑÓN**. *Salarios de tramitación y régimen de despido*. ASoc n° 2, 2003, versión digital (BIB 2003\431); y **SAÍZ DE MARCO**. *Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado*, *op. cit.* (versión digital). En contra, **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 374.

<sup>374</sup> En términos similares, aunque con una fundamentación distinta (amparada en el art. 1134 CC) STS 13 de mayo 2003 (RJ 2004\5407). Interpretación que también puede predicarse respecto de los supuestos de jubilación del trabajador antes de que se dicte sentencia. *Vid.* al respecto, **MARÍN MORAL**. *El Derecho a cobro de indemnización por despido improcedente de trabajador en situación de jubilación*. ASoc n° 15, 2005, versión digital (BIB 2005\2373).

<sup>375</sup> STS 23 de marzo 1999 (RJ 2210). *Vid.* al respecto, **VALLBÉ ANSESA** y **VEGAS RONDA**. *La prueba de la nueva ocupación y su retribución del trabajador despedido*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 259.

<sup>376</sup> En tal caso, si el empresario prueba la cuantía de lo percibido por el trabajador podrá descontarse (art. 56.1.b TRET). En caso de no poderse demostrar, deberá descontarse la cantidad correspondiente al SMI, incluidas las pagas extraordinarias, correspondiendo al trabajador, entonces, probar que la cuantía es menor. STS 31 de enero 1996 (RJ 490); y SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de mayo 2006 (JUR 279995); Cataluña 2 de junio 2005 (JUR 182095). Sin embargo, para algunos pronunciamientos judiciales, “constatada la realidad de un posterior empleo, incumbe al trabajador acreditar la menos retribución, presumiéndose, en caso contrario, que la cuantía de los

Para SAÍZ DE MARCO el trabajador puede reclamar la cantidad consignada con independencia de que haya impugnado o no el despido, pues, está a “disposición del trabajador”<sup>377</sup>. Criterio asumido por la doctrina judicial<sup>378</sup>. Ahora bien, si a pesar del reconocimiento de la improcedencia, el trabajador prosigue con su impugnación por entender que es nulo y prospera, debe entenderse que la limitación de los salarios de tramitación no es procedente<sup>379</sup>. Si la sentencia declara la procedencia del despido parece lógico entender que el empresario (a pesar de reconocer la improcedencia) no tenga que abonar los salarios de tramitación, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto<sup>380</sup>. Finalmente, si la sentencia declara la improcedencia del despido, el empresario no está obligado a declararse respecto del sentido de su opción, pues, debe suponerse que el empresario ha anticipado su voluntad<sup>381</sup>.

De todos modos, el art. 56.2 TRET plantea algunas dudas interpretativas significativas. Por un lado, en cuanto a la “conciliación” no se especifica si se refiere al trámite preprocesal de carácter administrativo (arts. 63 y ss. TRLPL)<sup>382</sup> o bien a la conciliación procesal propiamente

---

nuevos salarios, es, cuando menos, igual a los abonados por la empresa en la que se produjo el despido”. STSJ Canarias (Las Palmas) 7 de septiembre 2005 (JUR 243447). Doctrina que, pretende superar los problemas derivados de la negativa del trabajador a “aportar la prueba”, frente a la solicitud del demandado – empresario - que asume la “carga de la prueba”.

Otro aspecto controvertido es si el descuento debe efectuarse tomando en cuenta ambas cuantías (lo percibido en el nuevo empleo y los salarios de tramitación devengados hasta la obtención de la nueva ocupación) en cómputo global, o bien es necesario que la regularidad del abono sea idéntica a la regularidad del devengo de los salarios de tramitación. Frente a la existencia de criterios discrepantes en la doctrina judicial, la STS 18 de abril 2007 (JUR 136065) ha declarado que “cuando el trabajador despedido obtiene un nuevo empleo, procede efectuar el descuento por períodos trabajados en los salarios de tramitación pendientes de abono, pero no por cantidades totales percibidas en el nuevo empleo”. *Vid.* en la doctrina al respecto, VALLBÉ ANSESA y VEGAS RONDA. *La prueba de la nueva ocupación y su retribución del trabajador despedido*, *op. cit.*, p. 260 y ss.; y GARCÍA QUIÑONES. *Límite temporal ‘versus’ límite cuantitativo en la deducción de los salarios de tramitación por el salario percibido en otro empleo*. RL n° 22, 2007, p. 35 y ss.

<sup>377</sup> SAÍZ DE MARCO. *Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado*, *op. cit.* (versión digital); y ALEGRE NUENO y TOSCANI GIMÉNEZ. *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril*, *op. cit.* (versión digital). En contra, MOLERO MARAÑÓN. *Salarios de tramitación y régimen de despido*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>378</sup> STSJ Baleares 28 de julio 2004 (JUR 278696).

<sup>379</sup> BORRAJO DACRUZ. *Los salarios de tramitación: mito y realidad*, *op. cit.* (versión digital); y MOLERO MARAÑÓN. *Salarios de tramitación y régimen de despido*, *op. cit.* (versión digital). Para un sector de la doctrina, la limitación de los salarios de tramitación tampoco debe proceder en los supuestos que se califique el despido como fraudulento. AGUSTÍ MARAGALL. *La causalidad en el despido disciplinario después de la Ley 45/2002. ¿La consagración legal del despido libre?*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>380</sup> BORRAJO DACRUZ. *Los salarios de tramitación: mito y realidad*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>381</sup> BLASCO PELLICER. *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003, p. 29 y 30.

<sup>382</sup> Abogando por esta interpretación, BORRAJO DACRUZ. *Los salarios de tramitación: mito y realidad*, *op. cit.* (versión digital); MOLERO MARAÑÓN. *Salarios de tramitación y régimen de despido*, *op. cit.* (versión digital); BLASCO PELLICER. *Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación*. RTS n° 147, 2003, p. 26 y 27; ALFÉREZ DEL MORAL y ESCUDERO MORATALLA. *La ejecución laboral*. Bosch. Barcelona, 2003, p. 113; GÁRATE CASTRO. *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación*, *op. cit.*, p. 303; y SEMPERE NAVARRO. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica*. ASoc n° 41, 2002, versión digital (BIB 2003\11); y *Cómputo de ‘las cuarenta y ocho horas siguientes al despido’ y salarios de tramitación. Comentario a la STS 26 de octubre 2006*, *op. cit.* (versión digital) – aunque admitiendo que la expresión legal “es lo bastante ambigua como para permitir interpretaciones ampliatorias”. En los órganos judiciales, abogando por esta interpretación, SSJS Madrid (n° 25) 14 de marzo 2003

dicha (arts. 84 TRLPL)<sup>383</sup>. Siendo la primera, a nuestro entender, la mejor opción<sup>384</sup>. Cuestión que, por el momento, no ha sido objeto de unificación por la jurisprudencia. Asimismo, a pesar de que no se mencione a la posibilidad de limitar los salarios de tramitación en los supuestos en los que sea exigible la reclamación previa, debe entenderse afirmativamente (en concreto, hasta la fecha de contestación de la reclamación previa<sup>385</sup>)<sup>386</sup>.

Por otra parte, si el trabajador no acepta la indemnización o, aceptada, impugna la decisión extintiva, se plantea la cuestión relativa a la posibilidad del empresario de retractarse de su decisión de reconocer la improcedencia del despido<sup>387</sup>. La doctrina judicial ha mantenido criterios dispares. Así, se ha declarado que el reconocimiento de la improcedencia a los efectos de limitar los salarios de tramitación impide que pueda defenderse la procedencia, pero no otros aspectos controvertidos<sup>388</sup>. Pero también se ha defendido lo contrario<sup>389</sup>.

Según GÁRATE CASTRO, si el trabajador no acepta lo ofrecido por la empresa, ésta esta plenamente facultada para defender durante el proceso la procedencia del despido o cualquier otra postura distinta de la del mantenimiento de la improcedencia<sup>390</sup>. En cambio, para otro

---

(AS 685); Madrid (nº 33) 17 de marzo 2003 (AS 686) y 10 de noviembre 2004 (AS 424); y Sevilla (nº 4) 16 de mayo 2003 (AS 2352).

<sup>383</sup> Defendiendo esta postura, **MARTÍNEZ MOYA y BUENDÍA JIMÉNEZ**. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: la vuelta al pasado en lo relativo a las consecuencias de la calificación del despido. Otras novedades en el ámbito procesal*, op. cit., p. 131; **BLASCO PELLICER**. *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, op. cit., p. 17 y 18; **ALEGRE NUENO y TOSCANI GIMÉNEZ**. *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril*, op. cit. (versión digital); **LUJÁN ALCARAZ y RÍOS MESTRE**. *Despido y salarios de tramitación*. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004, p. 613. y **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 260. En los órganos jurisdiccionales, SJS Sevilla (nº 50) 19 de enero 2004 (AS 13) – Ponente: PÉREZ-BENEYTO ABAD.

<sup>384</sup> En este sentido, SSTSJ Cataluña 16 de enero 2007, rec. 6380/2006 (JUR 220806). Además, un sector de la doctrina judicial admite la posibilidad de que la consignación de la indemnización y de los salarios de tramitación se haga en el plazo de 48 horas posteriores al reconocimiento de la improcedencia en conciliación extrajudicial. SSTSJ Cataluña 16 de enero 2007, rec. 6380/2006 (JUR 220806); y Comunitat Valenciana 31 de enero y 6 de julio 2006 (AS 2316 y JUR 2007\40651).

<sup>385</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) 8 de febrero 2007 (JUR 138696)

<sup>386</sup> Para GÁRATE CASTRO, con anterioridad a la reforma de 2002, “debe entenderse que la intención del legislador es la de referirse a cualesquiera actos establecidos con la específica finalidad de evitar el proceso y sin cuyo cumplimiento no puede tenerse por incoado éste”. **GÁRATE CASTRO**. *Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 373. En términos similares, **GÓMEZ CABALLERO**. *El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación*, op. cit., p. 495; y **BLASCO PELLICER**. *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, op. cit., p. 18.

<sup>387</sup> Circunstancia ciertamente controvertida tal y como expone, **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994*, op. cit., p. 376 a 378.

<sup>388</sup> Con anterioridad a la reforma de 2002, SSTSJ Castilla La Mancha 10 de octubre 1995 (AS 4029); Comunidad Valenciana 28 de enero 1996 (AS 1997\64); y 29 de junio 2001 (AS 1862); Cataluña 3 de septiembre 1998 (AS 3038).

<sup>389</sup> Con anterioridad a la reforma de 2002, SSTSJ Extremadura 31 de mayo 1995 (AS 1818); y 30 de junio 1997 (AS 2412); Castilla y León (Valladolid) 19 de septiembre 1995 (AS 3259); y 22 de marzo 1997 (AS 581); Madrid 5 de marzo y 17 de diciembre 2002 (AS 1489 y 2003\1755).

<sup>390</sup> **GÁRATE CASTRO**. *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación*, op. cit., p. 307. En términos similares, **MOLERO MARAÑÓN**. *Salarios de tramitación y régimen de despido*, op. cit. (versión digital). Y, defendiendo esta opción, con anterioridad a la reforma de 2002, **CRUZ VILLALÓN**. *El reconocimiento de improcedencia*

sector, con mejor doctrina, la Ley 45/2002 ha zanjado la discusión, pues, la limitación de los salarios de tramitación a los devengados hasta la fecha del depósito cuando la sentencia confirma la improcedencia del despido, evidencia que el empresario no puede defender la procedencia del despido, pues, de permitirse, no sería admisible la limitación de los salarios<sup>391</sup>.

Otro aspecto controvertido es el relativo a la posibilidad de limitar los salarios de tramitación en los supuestos de resolución contractual *ex art. 52 TRET*. En tanto que el TRET no lo especifica expresamente, cabe entender que sí<sup>392</sup>. Especialmente, cuando esta posibilidad se admite para los contratos de fomento de la contratación indefinida<sup>393</sup>. Aunque lo lógico, desde la perspectiva empresarial, sea revestir la decisión como un despido y no como una resolución *ex art. 52 TRET* para evitar la posible calificación de nulidad por incumplimiento de los requisitos de forma, salvo que se trate de un contrato de fomento de la contratación indefinida.

Finalmente, llegados a este estadio, pese a no tener una repercusión directa en la configuración de la estabilidad en el empleo (y sí, como se sabe, en el régimen de responsabilidad empresarial en las contrataciones, *ex art. 42 TRET*), permítannos hacer una pequeña aportación al debate relativo a la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. La

---

*del despido en conciliación preprocesal*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 363, pues: “si dicha oferta abierta no es aceptada por la contraparte, la misma no produce efecto alguno al no haberse perfeccionado el negocio jurídico de transacción, por lo que el empleador queda libre de poder defender la procedencia en el acto de juicio” (p. 363 y 364). En términos similares, **BLASCO PELLICER**. *El régimen procesal del despido*, *op. cit.*, p. 124; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El nuevo régimen procesal de los despidos: ejecución provisional y definitiva de sentencias*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>391</sup> **MARTÍNEZ MOYA** y **BUENDÍA JIMÉNEZ**. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: la vuelta al pasado en lo relativo a las consecuencias de la calificación del despido*. *Otras novedades en el ámbito procesal*, *op. cit.*, p. 135. La misma conclusión alcanza, **BLASCO PELLICER**. *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, *op. cit.*, p. 21; **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, *op. cit.*, p. 265 a 268; **RENTERO JOVER**. *Algunos aspectos de la nueva regulación del despido*, *op. cit.*, p. 22 y 23; y **ALEGRE NUENO** y **TOSCANI GIMÉNEZ**. *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril*, *op. cit.* (versión digital). **LUJÁN ALCARAZ** y **RÍOS MESTRE**, debe entenderse que “la conducta del empresario entrañará unos actos propios incompatibles con las alegaciones posteriores contrarias a su contenido y significado directos”. Aun así las dudas siguen siendo notables, si bien para impedir la posible lesión del derecho a la defensa del empresario podría defenderse la solución del carácter no vinculante siempre que se hagan dos importantes matizaciones. La primera (...), la renuncia al beneficio que representa la limitación de los salarios de tramitación *ex art. 56.2 TRET*; y la segunda (...), que con ello no se puede colocar en situación de indefensión al trabajador que planteó su demanda en términos relativos únicamente a la cuantía de la indemnización. **LUJÁN ALCARAZ** y **RÍOS MESTRE**. *Despido y salarios de tramitación*, *op. cit.*, p. 615. Defendiendo esta postura con anterioridad a la reforma de 2002, **GÓMEZ CABALLERO**. *El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación*, *op. cit.*, p. 496 y 497; **LÓPEZ CUMBRE**. *Vinculatoriedad y efectos del reconocimiento empresarial del despido improcedente en el acto de conciliación prejudicial*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 223 y 224;

<sup>392</sup> Compartiendo este criterio, **ALEGRE NUENO** y **TOSCANI GIMÉNEZ**. *La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril*, *op. cit.* (versión digital); y, con anterioridad a la reforma de 2002, **CRUZ VILLALÓN**. *El reconocimiento de improcedencia del despido en conciliación preprocesal*, *op. cit.*, p. 345; **SEMPERE NAVARRO**. *Diferencias entre tiempo de salarios de tramitación y de prestación de servicios*. *Comentario a la STS de 21 de octubre de 2004*, *op. cit.* (versión digital); **MARÍN CORREA**. *Modificaciones que se introducen en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. DL n° 67, 2003, p. 91; y **GÁRATE CASTRO**. *Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 372. Y, en los órganos judiciales, SJS Sevilla (n° 50) 19 de enero 2004 (AS 13) – Ponente: **PÉREZ-BENEYTO ABAD**.

<sup>393</sup> Apartado 4.2 de la D. Ad. 1ª Ley 12/2001. *Vid.* al respecto, STSJ Extremadura 11 de enero 2007 (AS 1127).

promulgación de la Ley 45/2002, ha suprimido una de las principales expresiones legales que sustentaban la tesis de su naturaleza indemnizatoria<sup>394</sup>. Como se sabe, el art. 33.1 TRET ya no se refiere a “la indemnización complementaria por salarios de tramitación ...”, sino que ahora habla de “... la cantidad reconocida por salarios de tramitación en los supuestos que legalmente procedan ...”<sup>395</sup>.

En lógica con su naturaleza salarial, el empresario está obligado a dar de alta al trabajador y a cotizar en la Seguridad Social con efectos retroactivos, impidiendo que el trabajador tenga derecho al desempleo durante dicho período (apartados, 4, 5 y 6 art. 209 TRLGSS)<sup>396</sup>. Sin duda, la responsabilidad del empresario por los salarios de tramitación, deriva

---

<sup>394</sup> Mantenido por la jurisprudencia, después de una evolución vacilante, en las SSTS 14 de julio 1998 (RJ 8544); y 28 de abril y 9 de diciembre 1999 (RJ 4648 y 9718). Con anterioridad, defendiendo su naturaleza salarial, SSTS 9 de abril 1984 (RJ 2057); 27 de octubre 1986 (RJ 5906); 22 de enero 1988 (RJ 37); y 7 de julio 1994 (RJ 6351). Un análisis sobre la ambigüedad mantenida por la jurisprudencia al respecto en, **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, op. cit., p. 55 y ss.; y **SALCEDO BELTRÁN**. *La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación*. RTS n° 64, 1996, p. 68 a 71.

Como se sabe, la doctrina se encuentra dividida, pues, existen autores que defienden, con mejor doctrina, su naturaleza salarial. **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, op. cit.; **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 189 y ss.; **SEMPERE NAVARRO**. *Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 325 a 328; **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, op. cit., p. 364 a 368; y **DE LA CRUZ PACHECO**. *Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 626 a 630; **LAVADO MOLINA**. *El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido*, op. cit., p. 92; **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., nota 153, p. 70; **MONEREO PÉREZ Y MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 390; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, op. cit., p. 232 y 233.

Otros la indemnizatoria: **DE LA VILLA GIL**. *Los efectos del despido nulo*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 587; **FOLGUERA CRESPO**. *Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales*, op. cit., p. 23 y 24; y **ALTÉS TÁRREGA**. *La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta?* RL 1998 – II, p. 132 y 133. Otros abogan por su naturaleza híbrida (a medio camino entre lo salarial y lo indemnizatorio): **GARCÍA PIQUERAS**. *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación*. AL 1993 – I, p. 323. Y, finalmente, otros sostienen que existen elementos que permitan concluir que no tienen a priori determinada su naturaleza jurídica. **COSTA REYES**. *Responsabilidad de la empresa principal por salarios de tramitación tras la Ley 45/2002: ¿una reforma sin cambios?*, op. cit. (versión digital).

<sup>395</sup> Cfr. **BORRAJO DACRUZ**. *Los salarios de tramitación: mito y realidad*, op. cit. (versión digital); y **CAVAS MARTÍNEZ**. *Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?* ASoc n° 20, 2002, versión digital (BIB 2003\111); **BLASCO PELLICER**. *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, op. cit., p. 38 a 40; y **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 257 y 258. En cambio, para **RODRÍGUEZ CARDO**, con la promulgación de la Ley 45/2002 son perfectamente defendibles ambas posiciones (aunque, posteriormente, aboga por defender su naturaleza indemnizatoria). **RODRÍGUEZ CARDO**. *Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia*. AL n° 11, 2006, p. 1276.

Por otra parte, como recoge **CAVAS MARTÍNEZ**, la STJCE 12 de diciembre 2002 (TJCE 375) ha reconocido el carácter “retributivo” de los salarios de tramitación. Aunque algunos autores, entienden que dicha doctrina sólo se ha dictado con efectos meramente instrumentales y que, por tanto, no puede extrapolarse al debate sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. **RODRÍGUEZ CARDO**, op. cit., nota 28, p. 1283.

<sup>396</sup> En tal caso, se entiende que el trabajador ha percibido indebidamente una prestación, reconociéndose al INEM el derecho a su devolución. STS 5 de noviembre 2002 (2003\2697); y STSJ Galicia 30 de noviembre 2002 (JUR 2003\81937). Aunque para un sector de la doctrina este argumento no es definitivo, pues, en la base de cotización no se integran partidas que claramente tienen una naturaleza salarial (horas extraordinarias en la base por contingencias comunes) y otras que no tienen la naturaleza salarial (se incluyen – por ejemplo, dietas que exceden de un determinado importe). **RODRÍGUEZ CARDO**. *Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia*, op. cit., p. 1282; y **CAVAS MARTÍNEZ**. *Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones?*, op. cit. (versión digital).



de la propia lógica de las normas y principios generales del Derecho del Ordenamiento Jurídico español<sup>397</sup>. En este sentido, como afirma SEMPERE NAVARRO, después de tanto tiempo discutiendo al respecto, parece que lo que debe quedar claro es que “la naturaleza jurídica de esta institución no puede pender de su denominación, sino de su propia ontología y la misma es claramente salarial”<sup>398</sup>.

#### ***b.4.- La posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios (compatibilidad con la indemnización legal tasada).***

En lo relativo a la *indemnización de daños y perjuicios*, tal y como se ha anunciado, si se acepta que la indemnización legal tasada no es más que la prestación por equivalente se colige la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios. Posibilidad que debe admitirse con independencia de si el trabajador es finalmente readmitido o no, tal y como se prevé en el art. 1124 CC.

La relevancia de esta tesis en la configuración de la estabilidad en el empleo está fuera de toda duda. El hecho de que el empresario pueda verse compelido a incrementar el importe de la compensación económica, constituye un elemento disuasivo frente a las extinciones injustificadas de primera magnitud. Repárese que, de admitirse, sin necesidad de alterar el régimen jurídico del “derecho de opción”, se estaría incrementando el nivel de *estabilidad real* de los trabajadores, por lo menos potencialmente.

Como se ha analizado, la promulgación de la LCT<sup>31</sup> y de la LJM<sup>31</sup> no alterará la estructura resolutoria prevista en las normas sustantivas y procesales precedentes. Como se ha visto, en el plano sustantivo “se limita” al extender el régimen resolutorio de los contratos temporales a los indefinidos; y en el procesal, el procedimiento frente a los Jurados Mixtos no sufre alteraciones sustanciales con respecto al previsto para los Comités Paritarios. El derecho a la reincorporación sigue presumiéndose – al menos en un primer momento - de imposible ejecución forzosa, pudiéndose transformar en un derecho a una cierta indemnización (art. 53 LJM<sup>31</sup>). Sin embargo, se introduce un pequeño matiz en la regulación. En términos generales conforme a la lógica del Derecho común, en puridad, no puede afirmarse que el deudor tenga reconocido un “derecho de opción”<sup>399</sup>. Pues bien, la normativa de 1931, en un nuevo arrebato

---

<sup>397</sup> En términos similares, FJ 5º del Voto Particular formulado a la STS 31 de mayo 2006, rec. 2644/2005 (JUR 239464). Por consiguiente, en modo alguno, puede aceptarse que “los salarios de tramitación son un añadido, muy conveniente para el trabajador, pero en ningún caso necesario desde una perspectiva jurídica”. RODRÍGUEZ CARDO. *Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia*, op. cit., p. 1279.

<sup>398</sup> SEMPERE NAVARRO. *La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica*, op. cit. (versión digital), nota 57.

<sup>399</sup> Aunque, como se ha expuesto, la doctrina civil admite la relatividad de esta afirmación. Y, en el ámbito laboral, como se analizado también, a efectos prácticos opera de este modo, pues la propia sentencia especifica el importe del resarcimiento por equivalencia, sin necesidad de acudir a la fase ejecutiva

de pragmatismo, da un paso más a la tendencia marcada por las normas procesales precedentes y lo acaba positivizando. Así, para que el cumplimiento específico se transforme en el equivalente, se prescinde de cualquier trámite previo (no es necesario esperar el plazo de 48 horas como antaño), de tal modo que en el propio fallo se faculta al deudor para que elija readmitir o indemnizar (art. 51 LJM'31).

De todos modos, con esta modificación normativa el Legislador no se aparta un ápice del modelo anterior<sup>400</sup>. Por tanto, el reconocimiento de un “derecho de opción” al empresario no debe interpretarse como si el fallo de la sentencia originara el nacimiento de dos obligaciones de naturaleza alternativa, sino que, al igual que en el sistema precedente, sólo hay una obligación, aunque su objeto debe ser concretado por la decisión unilateral del deudor (criterio que las RRMT recogen abundantemente). Lo que permite deducir que la naturaleza jurídica del resarcimiento sigue siendo la misma: la indemnización prevista en la norma laboral sigue manteniendo una naturaleza resarcitoria sustitutiva por la no readmisión, pues, el trabajador no puede reclamar la readmisión y sólo puede exigir un resarcimiento patrimonial, desvinculado de la prueba de los daños y perjuicios efectivamente sufridos.

Por otra parte, conviene recordar que la opción por la indemnización de daños y perjuicios no estaba completamente descartada, pues, cuando el obrero no pretendía la readmisión, sino la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, la jurisprudencia entendía que la competencia correspondía al Tribunal Industrial o, en su defecto, al Juzgado de primera instancia.

En conclusión, la LJM'31 da un paso más en la simplificación del procedimiento, alcanzando un estadio de pragmatismo extraordinario. La voluntad del Legislador de 1908 de simplificar el proceso laboral, al exigir la monetización de todas las prestaciones de hacer, culmina en 1931 con la positivización de una opción entre readmitir o indemnizar. Sin excluir la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios.

La LCT'44 mantendrá la lógica prevista en la normativa de 1931 (art. 81.3º), sin mencionar, como antaño, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios<sup>401</sup>. Sin embargo, en un primer momento, la STS 9 de diciembre 1943 parece defender que, pese a la indemnización fijada en la Ley, nada obsta que el trabajador reclame una indemnización de daños y perjuicios, siempre que demuestre “la realidad del daño y su potencialidad cuantitativa”. Así, “no será dable indemnizar más que en la cuantía que resulte acreditado el efecto dañoso patrimonial, por lo que, a falta de tal demostración, no pueden rebasarse cuantitativamente los límites máximos indemnizatorios señalados por el legislador,

---

<sup>400</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, op. cit., p. 22.

<sup>401</sup> Vid. al respecto, **HERNÁNDEZ MÁRQUEZ**. *Tratado elemental de derecho del trabajo* (1947), op. cit., p. 281 y 282; y **PÉREZ BOTIJA**. *Naturaleza Jurídica del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 93 y ss.

porque en tales casos de no demostración, han de respetarse los límites de la Ley, por ser modo resolutorio ultimador del contrato laboral, que obvia la prueba de los perjuicios dejándolos concretos”.

Tesis descartada posteriormente por el propio TS, identificando la indemnización legalmente prevista con una indemnización de daños y perjuicios. Concretamente, la STS 28 de marzo 1966<sup>402</sup> califica a la indemnización por despido improcedente como una auténtica indemnización de daños y perjuicios. Así, entiende que “no es posible el ejercicio simultáneo ni sucesivo de la acción por despido improcedente y otra sobre indemnización de daños y perjuicios causados por dicho despido arbitrario, pues que la última va embebida en la primera”, porque el despido improcedente tiene “en la ley tasados los daños y posibles perjuicios”.

A partir de este instante, las sucesivas reformas legislativas operadas hasta la actualidad, si bien repercutirán en la configuración del “derecho de opción”, omitirán – como sus precedentes - la regulación jurídica de la indemnización de daños y perjuicios por entender que se halla comprendida en la compensación tasada prevista en la Ley. De algún modo, puede afirmarse que se entiende zanjada la cuestión<sup>403</sup>.

- Teniendo siempre presente este breve análisis histórico, es posible mantener que en el ordenamiento jurídico laboral actual es posible compatibilizar la indemnización de daños y perjuicios con el resarcimiento legal tasado.

No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que el TRET establece una verdadera obligación alternativa: readmitir o indemnizar. Indemnización que – se afirma - resarce los daños y perjuicios derivados de la extinción injustificada del contrato<sup>404</sup>. Y, por ende (en base a la denominada “*relación de exclusividad*”<sup>405</sup>) se rechaza la posibilidad de que el trabajador, paralelamente a la compensación legal tasada, pueda reclamar una indemnización de daños y perjuicios<sup>406</sup>. Se argumenta, primero, que la norma laboral – especial - desplaza a la civil

---

<sup>402</sup> Ar. 2098.

<sup>403</sup> *Vid.*, vigente el ET'80, STS 18 de julio 1985 (RJ 3809).

<sup>404</sup> **TASCÓN LÓPEZ**. *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*. Comares. Granada, 2005, p. 181; **GONZÁLEZ VELASCO** y **VIVES USANO**. *Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios*, *op. cit.*, p. 759.

<sup>405</sup> Frente a la “*relación de concurrencia*” que se defiende en este estudio. *Vid.* al respecto, **MOLINA NAVARRETE**. *La tutela de la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización*. ASoc nº 18, 2001, versión digital (BIB 2001\1614).

<sup>406</sup> *Vid.* negando la inviabilidad de una indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de despido, SSTS 18 de julio 1985 (RJ 3809); 7 de febrero 1990 (RJ 814); 5 de febrero 1996 (RJ 849); y, en la doctrina judicial, entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo 2006 (JUR 255376). Y negándola en los supuestos de resolución *ex art. 50 TRET*, SSTS 22 de enero 1990 (RJ 183); 3 de abril 1997 (RJ 3047); 11 de marzo y 25 de noviembre 2004 (RJ 3401 y 2005\1058). Aunque como se sabe, la jurisprudencia (entre otras, STS 17 de mayo 2006, RJ 7176) en los casos de resolución *ex art. 50 TRET* ha admitido la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios si se demuestra una vulneración de derechos fundamentales.

– general - por lo que “el contenido indemnizatorio tasado en las normas laborales para los despidos impide acudir a la normativa civil para reclamar una cuantía superior”; y, segundo, se presume “iuris et de iure” la existencia y el alcance del perjuicio<sup>407</sup>. Se afirma que “el importe de la indemnización, aunque mantiene un origen compensador, no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por la ley, de manera que no se trata de cuantificar la cuantía en el sentido tradicional de incluir el daño emergente y el lucro cesante, sino dar por supuesto que el daño se ha producido y el mismo debe ser reparado, pero con un criterio de valoración regulado en la ley, concretamente en el Estatuto de los Trabajadores<sup>408</sup>”.

No obstante, a nuestro modo de ver, en la normativa y en la jurisprudencia actual existen poderosos argumentos para defender la compatibilidad de la compensación legal tasada por despido improcedente con la reclamación de daños y perjuicios. Veamos cuáles son:

i.- Si nos ceñimos a la realidad derivada de la comprensión rigurosa de los conceptos, la estructura jurídica fundamental de la compensación *ex* art. 56 TRET queda muy lejos de la indemnización de daños y perjuicios prototípica<sup>409</sup>. Descartada la tesis que de la obligación con

---

En concreto, respecto de este último supuesto, la STS 11 de marzo 2004 (RJ 3401) – siguiendo el planteamiento de la STS 3 de abril 1997 (RJ 3047) – rechaza la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada, derivada de la resolución contractual a instancia del trabajador, y la indemnización de daños y perjuicios, por entender que “el trabajador demandante pudo, a tenor del artículo 50 del ET - en solución igual al artículo 1124 del Código Civil - reclamar el cumplimiento en especie de la obligación o pedir la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. Si en el ejercicio de este derecho optativo, el perjudicado por el incumplimiento de la obligación optó por la resolución del contrato de trabajo e indemnización, ésta ha de ser fijada conforme la normativa reguladora de la relación laboral, y como el Estatuto de los Trabajadores contiene una norma específica - artículo 50 - para regular estas situaciones de incumplimiento, la misma ha de ser aplicada sin que sea lícito acudir a preceptos correspondientes a otros sectores jurídicos para alargar indebidamente el cauce indemnizatorio, sancionando el único comportamiento ilícito empresarial por dos vías pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos y cuya actuación aislada y separada conduciría, contra toda lógica, a sancionar dos veces un mismo hecho de incumplimiento. La pretensión resolutoria de contenido indemnizatorio tasado ejercitado con amparo en la norma específica de carácter resolutivo contenido en el artículo 50 ET satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario, y la aplicación de esta norma específica del derecho de trabajo, debe impedir la búsqueda de nuevas soluciones indemnizatorias en el campo del derecho civil, entendido como derecho común. Como sienta la STS 22 de enero 1990 (RJ 183), cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común”.

<sup>407</sup> **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*. Aranzadi, 2003, p. 92. *Vid.* también, **SEMPERE NAVARRO** y **BUENDÍA JIMÉNEZ**. *El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo*. ASoc nº 14, 2004, versión digital (BIB 2004\1521); y **MARÍN MORAL**. *La indemnización por despido*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>408</sup> **GARCÍA VIÑA**. *¿Es posible solicitar una indemnización adicional de daños y perjuicios cuando se ha declarado el despido improcedente y se ha percibido la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores? Funcionamiento anormal de la justicia penal e impacto en el orden social (comentario a la STSJ Murcia, de 26 de febrero 1999)*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\240). *Vid.* también, **GARCÍA PIÑEIRO**. *Efectos del despido disciplinario: las indemnizaciones por despido, sobre la incompatibilidad de las indemnizaciones previstas en el derecho común con las indemnizaciones previstas en la normativa laboral (comentario a la STSJ de Madrid de 25 de enero)*. ASoc nº 3, 2005, versión digital (BIB 2005\999). Una exposición sintetizada de esta doctrina también en, **MOLINA NAVARRETE**. *La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 11 de marzo de 2004*. RDS nº 26, 2004, versión digital (TOL 474399), p. 8 a 14.

<sup>409</sup> Defendiendo que se trata de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros, **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 222; **TOVILLAS ZORZANO**. *Sobre el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión*, *op. cit.*, p. 105. Una crítica a la calificación del resarcimiento legal tasado como una indemnización de daños y perjuicios en, **BAYÓN CHACÓN**. *La indemnización expropiatoria en el despido sin causa*, *op. cit.*, p. 57 a 59; **OLIET GIL**. *La fijación de las indemnizaciones*, *op. cit.*, p. 199; y **GARCÍA ABELLÁN**. *La indemnización por*

cláusula penal<sup>410</sup>, así como las diversas tesis que sostiene su naturaleza previsor<sup>411</sup>, o bien sancionadora<sup>412</sup>, o bien mixta de sanción y previsión<sup>413</sup>, o bien de expropiación<sup>414</sup>, puede observarse que la indemnización legal es conceptualmente (mucho) más próxima a la idea de la prestación del *id quod interest* que a cualquier otra<sup>415</sup>: el perjuicio se presume siempre porque se produce un cambio en el objeto, sin que ello implique una modificación de la obligación principal, dado que los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable (PINTÓ i RUIZ). El resarcimiento, por tanto, deriva de la no readmisión (y ésta de la ilicitud de la decisión empresarial); y, por ello, el trabajador no está obligado a probar la existencia del daño (ni a aportar ningún tipo de evidencia al respecto), sino que su existencia resulta probada por la existencia misma de la obligación (BELTRAN DE HEREDIA y ONÍS).

ii.- Del mismo modo, como ya se ha apuntado, el art. 279.2.b) TRLPL pone de manifiesto que el resarcimiento por despido improcedente difícilmente puede calificarse como una indemnización de daños y perjuicios. En efecto, si el despido es calificado judicialmente como improcedente y el empresario decide readmitir, pero acaba incumpliendo, el trabajador tiene derecho a la compensación por despido improcedente y, además, a criterio del juez, el trabajador tiene derecho a una indemnización – denominada - “complementaria”.

---

*despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación, op. cit.*, p. 22. La imposibilidad de esta incardinación conceptual ha llevado a la doctrina a sostener que “la indemnización por despido tiene su fundamento en la presunción *iuris et de iure* del perjuicio que el empresario causa con su ilegítima conducta en el trabajador, presunción *iuris et de iure*, independiente del daño real producido”. MONTROYA MELGAR. *El despido improcedente y sus efectos, op. cit.*, p. 523.

El propio TC ha declarado que (STC nº 6, 24 de enero 1984, RTC 6) “la indemnización a cargo de las Empresas se calcula en función del tiempo de duración de la relación laboral y del número de sus trabajadores, lo que evidencia que no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador como consecuencia del despido improcedente y de que el empresario opte por la no readmisión”. Aunque, a continuación, concluye que “la indemnización a cargo de la Empresa se concibe como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, y que opera (si bien *ex lege*) de modo similar a la cláusula penal en los contratos cuando no se le da otro carácter”. Recuérdese que con anterioridad se ha realizado un crítica a la calificación de la indemnización como una obligación con cláusula penal (*vid. nota supra*). De hecho, en la STS 7 de diciembre 1990 (RJ 9760) se admite que “las indemnizaciones fijadas en los artículos 56.1 a) y b), del Estatuto de los Trabajadores y 211, párrafos 2.º y 5.º, de la Ley de Procedimiento Laboral son indemnizaciones tasadas previamente establecidas por la ley, que responden a su condición de resarcimientos debidos por la pérdida del empleo, que carecen del valor de restitución en integridad que a veces se ha pretendido atribuirles, pues se trata de una compensación contenido tasado y previamente fijado por la ley, sin que les sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los daños y perjuicios”.

<sup>410</sup>  *Vid. supra el Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).*

<sup>411</sup> PÉREZ BOTIJA.  *Algunas consideraciones sobre la regulación del despido en el derecho español y en el derecho comparado. La nueva regulación del art. 89 de la Ley del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 744 (aunque luego admita que se trata de un resarcimiento de daños y perjuicios, justificado por razones político-sociales de previsión, *Curso de Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 295).

<sup>412</sup> GARCÍA ABELLÁN.  *La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación, op. cit.*, p. 22; y ALONSO OLEA.  *El Despido, op. cit.*, p. 173 (aunque afirma que este resarcimiento, “al tiempo, cumple con la finalidad de resarcir al trabajador de los perjuicios que éste le causa”).

<sup>413</sup> GARCÍA OVIEDO.  *Tratado Elemental de Derecho Social (1946), op. cit.*, p. 257; y HERNÁNZ MÁRQUEZ.  *Tratado elemental de derecho del trabajo (1947), op. cit.*, p. 283.

<sup>414</sup> Una crítica a todas ellas en, BAYÓN CHACÓN.  *La indemnización expropiatoria en el despido sin causa, op. cit.*, p. 59 y 60. Autor que defiende que el resarcimiento por despido improcedente es en el fondo una indemnización por expropiación (p. 66 y ss.). Una crítica a la misma en, MONTROYA MELGAR.  *El despido improcedente y sus efectos, op. cit.*, p. 526.

<sup>415</sup> OLIET GIL sostiene que, lejos de compensar daños y perjuicios, el resarcimiento patrimonial por despido injusto se refiere a la prestación por equivalencia. OLIET GIL.  *La fijación de las indemnizaciones, op. cit.*, p. 199.

Llegados a este estadio, surge el problema de precisar cuál es la naturaleza jurídica de esta “compensación adicional”, pues, es difícil aceptar que se otorguen dos indemnizaciones de daños y perjuicios por un mismo ilícito contractual. A nuestro entender, descartada la naturaleza sancionatoria<sup>416</sup>, este “desajuste” sólo puede superarse si se acepta que la compensación legal tasada responde a la prestación por equivalencia y el resarcimiento “complementario”, *ex art. 279.2.b) TRLPL*, no es más que un resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión”<sup>417</sup>.

iii.- La prestación por equivalente y la indemnización de daños y perjuicios son dos compensaciones de naturaleza jurídica absolutamente diferenciada. A partir de la evolución histórica y teniendo presente las similitudes con el régimen jurídico actual, parece desprenderse con claridad que el débito *fijado en la Ley* sólo puede estar refiriéndose al *id quod interest* (esto es, sólo compensa la no readmisión). Por consiguiente, asumiendo que se trata de resarcimientos claramente heterogéneos y recurriendo al principal argumento esgrimido por la doctrina y la jurisprudencia para descartar la compatibilidad entre ambas compensaciones, se desprende que la norma especial - el Derecho del Trabajo - sólo regula específicamente la prestación por equivalencia por la no readmisión. Por consiguiente, admitiendo el carácter supletorio del Derecho Civil, se desprende que en los despidos declarados ilícitos (nulos o improcedentes) el trabajador, junto a la prestación por equivalente, tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios (arts. 1124 y 1101 CC)<sup>418</sup>.

De hecho, en puridad, desde un punto de vista de estricta lógica jurídica, no debería hablarse de una indemnización “adicional” o “complementaria” de daños y perjuicios, pues – reiterando un planeamiento ya expuesto - son dos débitos indemnizatorios autónomos e

---

<sup>416</sup> La STSJ Cataluña 25 de enero 2000 (AS 866) declara que se trata de una indemnización con carácter sancionador por lo que debe interpretarse con carácter restrictivo. En la doctrina, defendiendo la naturaleza punitiva y próxima a la multa del resarcimiento derivado del incidente de no readmisión, *vid. ALONSO OLEA. La ejecución de las sentencias de despido: el incidente de no readmisión. RPS nº 87, 1970, p. 59; y FERNÁNDEZ LÓPEZ. La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido, op. cit., p. 231 y 232. Vid. también de la citada autora, La ejecución de las sentencias firmes dictadas en los juicios de despido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. RL 1990 – II, p. 87 y 88. En contra de este criterio, se erige el hecho de que al igual que en una indemnización de daños y perjuicios la jurisprudencia ha admitido que el trabajador tiene que acreditar que ha sufrido un daño (STS 28 de abril 1998, RJ 3873).*

<sup>417</sup> En términos similares, **GARCÍA ABELLÁN. La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación, op. cit., p. 22.** No obstante, se trata de una indemnización de daños y perjuicios, *sui generis*, dado que el trabajador sólo debe probar la existencia de esas “circunstancias concurrentes”, quedando liberado de la prueba precisa del montante de los daños sufridos, pues el juez puede apreciarlo libremente - aunque el importe máximo esté tasado. De hecho, el art. 7 Decreto 26 de noviembre de 1956, se refiere explícitamente a una “indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión”.

Régimen previsto, asimismo, para los supuestos descritos en el art. 284 TRLPL. En este supuesto, la responsabilidad del empresario no deriva – a nuestro juicio - de una responsabilidad objetiva (como sostiene **FERNÁNDEZ LÓPEZ. La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido, op. cit., p. 244**), sino que en la medida que se encuentra en mora (recuérdese que su decisión extintiva no ha surtido efectos), es responsable incluso en los supuestos de destrucción del objeto de la prestación.

<sup>418</sup> Indemnización que en los supuestos del art. 279.2.b) TRLPL, quizás, deberá entenderse que queda limitada a la cuantía prevista en la norma. Sin embargo, la posibilidad de que esta interpretación derivara en actuaciones empresariales fraudulentas, cabría sostener que lo que en dicha norma se establece es una cuantía mínima.

independientes: el *id quod interest* y los daños y perjuicios. Derivado de lo anterior, tampoco puede aceptarse - como sostiene la STS 3 de abril 1994<sup>419</sup> - que deba desestimarse otra compensación que no sea la legalmente establecida, argumentando que de otro modo un solo incumplimiento generaría una doble indemnización. En tanto que la causa (o hecho) que motiva el resarcimiento económico es distinto (no readmisión y daños), no puede afirmarse que se contravendría el principio *no bis in idem*<sup>420</sup>.

iv.- No obstante, ha sido la orientación jurisprudencial más reciente la que definitivamente corrobora el planteamiento que se defiende. Concretamente, los Tribunales están admitiendo la posibilidad de reclamar el resarcimiento por daños y perjuicios en los casos de despido nulo por motivos discriminatorios<sup>421</sup>. Planteamientos que, por otra parte, se ajustan a la prohibición comunitaria europea de tasar las indemnizaciones derivadas de actos discriminatorios<sup>422</sup>.

---

<sup>419</sup> RJ 3047.

<sup>420</sup> En términos similares, se expresa el voto particular del Magistrado DESDENTADO BONETE (al que se adhieren tres Magistrados más) en la STS 11 de marzo 2004 (RJ 3401 - pronunciamiento en el que, no obstante, el TS declara la incompatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con la compensación prevista en la normativa laboral, *ex art. 50 TRET*): “el artículo 1124 del Código Civil prevé, al regular la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, que ‘el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos’. La indemnización opera, por tanto, en los dos supuestos. Lo que ocurre es que, en el marco del contrato de trabajo, es preciso distinguir dos tipos de daños: los derivados directamente del propio incumplimiento y los que el legislador liga al efecto resolutorio cuando se opta por él. Sólo estos últimos daños están tasados por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores; los restantes tienen plena autonomía y han de indemnizarse de acuerdo con las normas generales. Esto se ve claramente en el caso del impago de los salarios: es una causa resolutoria de conformidad con el apartado b) del nº 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, pero la extinción del contrato con el abono de la indemnización no impide reclamar los salarios no abonados y la indemnización por mora correspondiente”. En la doctrina compartiendo este criterio, **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales*. RDS nº 33, 2006, versión digital (TOL 956971), p. 10 y 11.

<sup>421</sup> *Vid.* SSTs 12 de junio 2001 (RJ 5931); y 23 de marzo 2000 (RJ 3121); y, en la doctrina judicial, entre otras, SSTSJ Canarias (Las Palmas) 29 de septiembre 2005 (AS 2670); y Asturias 30 de abril 2004 (AS 2112); Cataluña 15 de julio 2002 (AS 2881).

<sup>422</sup> Art. 6.2 Directiva 2002/73 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y, art. 15 Directiva 2000/43 y art. 17 Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *Vid.* al respecto en la doctrina, **MOLINA NAVARRETE**. *La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 11 de marzo de 2004, op. cit.* (versión digital), p. 20 y ss.

En este sentido, El art. 18.2 Ley 51/2003, 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal a las personas con discapacidad, prevé que “la indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorarán atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión”.

Repárese que, no sólo se trataba de superar un escollo procesal<sup>423</sup>, sino que, además, como admite la STS de 12 de junio 2001<sup>424</sup>, “tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite”<sup>425</sup>. Criterio que, como se sabe, tras la promulgación de la LOI, ha sido finalmente recogido en los arts. 180.1 y 181 TRLPL, que admiten la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada con la de daños y perjuicios<sup>426</sup>.

Por consiguiente, más allá de la cuestión relativa a los aspectos procesales que subyacen en estos supuestos, lo verdaderamente trascendente – a los efectos de este epígrafe, claro está – es que, en el fondo, se está poniendo en tela de juicio la naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente defendida hasta el momento por la doctrina y la jurisprudencia<sup>427</sup>. Concretamente, desde el instante que se admite la legitimidad de una reclamación compensatoria por daños y perjuicios como consecuencia de una decisión extintiva ilícita, automáticamente ya no puede mantenerse (sin incurrir en una contradicción – a nuestro entender - insalvable) que la naturaleza jurídica del resarcimiento por despido improcedente se identifique *también* con una indemnización de daños y perjuicios. Téngase en cuenta que (matizando lo afirmado por la STS 25 de noviembre 2004<sup>428</sup>) aunque la nulidad conlleve siempre la readmisión (en sus propios términos), cabe la posibilidad de que la misma no pueda llevarse a cabo (por ser imposible – art. 284 TRLPL). En tales casos, siguiendo la argumentación de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria, el trabajador tendría derecho a

---

<sup>423</sup> Como se sabe, hasta la promulgación de la LOI, el art. 27.2 TRLPL prohibía la acumulación de acciones a la de despido. Sin embargo, se entendía que el art. 182 TRLPL era una excepción a dicho precepto. Concretamente, la STS 12 de junio 2001 (RJ 5931) entiende que “siendo así que los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo no pueden quedar sin un procedimiento ‘preferente y sumario’ para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos, debiendo entenderse desplazado el mandato del art. 27.2 de la Ley Procesal por el del art. 182. Entenderlo de otro modo obligaría al trabajador afectado a emprender un proceso distinto, que - no siendo el de despido - habría de ser el ordinario, que no reúne los requisitos constitucionalmente exigidos. Esa interpretación, por otra parte, violentaría el mandato legal que remite, en estos casos, al proceso de despido”. La doctrina mayoritaria, por su parte, también admitía la posibilidad de ver en un único juicio y de manera conjunta las acciones contra el despido y la vulneración de derechos fundamentales. *Vid. URRUTIKOETXEA BARRUTIA. Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (Comentario al ATS 15 septiembre 2004)*. ASoc nº 1, 2005, versión digital (BIB 2005\801).

<sup>424</sup> RJ 5931.

<sup>425</sup> Siguiendo el mismo criterio, STS 17 de mayo 2006 (RJ 7176).

<sup>426</sup> Modificación que, como se sabe, ha ido acompañada de la nueva redacción del art. 27.2 TRLPL a fin de posibilitar la acumulación de acciones.

<sup>427</sup> Debe tenerse en cuenta que en opinión del TS (STS 11 de marzo 2004, RJ 3401) el régimen previsto para los despidos nulos tiene un coto de operatividad restringido, por lo que “no puede ser aplicable al supuesto que nos ocupa [resolución *ex* art. 50 TRET], pues allí la relación laboral permanecía incólume como consecuencia de la nulidad del despido, mientras que en el presente se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización”. Sin embargo, el enfoque debe centrarse, no tanto en la modalidad resolutoria (que a la postre, es la misma, pero instada por partes diferentes), sino en la naturaleza del resarcimiento económico, la cual – sin duda - es idéntica en todos los supuestos resolutorios en los que no se acabe readmitiendo.

<sup>428</sup> RJ 2005\1058.



dos compensaciones por daños y perjuicios<sup>429</sup>, lo que resulta difícilmente admisible desde un punto de vista jurídico. Por ende, en la búsqueda de una cierta coherencia jurídica, se desprende, con claridad, que el resarcimiento legal tasado sólo se refiere a la prestación por equivalente.

v.- La STS 17 de mayo 2006<sup>430</sup> ha admitido la compatibilidad de la indemnización legal tasada y la indemnización de daños y perjuicios en los supuestos de resolución a instancia del trabajador en las que se aprecie una lesión de un derecho fundamental<sup>431</sup> (sin que este pronunciamiento comporte una modificación de la doctrina sentada en la STS 11 de marzo 2004<sup>432</sup>, por entender que en ésta no se alegaba la vulneración de un derecho fundamental). De nuevo, se evidencia las dificultades técnico-jurídicas para sostener que la indemnización legal tasada sigue siendo una compensación de daños y perjuicios.

En el Voto Particular formulado por los Sres. Magistrados DESDENTADO BONETE y GULLÓN RODRÍGUEZ a la STS 17 de mayo 2006<sup>433</sup> se sostiene que la “lesión del derecho fundamental no crea el daño indemnizable; es simplemente una calificación adicional del ilícito que lo ha producido, que no será sólo un incumplimiento contractual, sino también incumplimiento de una norma constitucional. Es lo que la doctrina constitucional denomina la ‘pluriofensividad’ de determinadas conductas. La lesión de la norma constitucional que se une a la vulneración de un deber contractual (art. 4.2.e del ET) puede justificar tratamientos privilegiados en el orden procesal (proceso de tutela y recurso de amparo), pero no produce un daño específico e independiente”. Por otra parte, “no es posible privar al trabajador de la indemnización que le corresponde, porque no haya invocado un precepto constitucional”, por

---

<sup>429</sup> En algunos supuestos, la doctrina judicial parece defender *una cierta* autonomía conceptual entre ambas compensaciones económicas. Por ejemplo, la STSJ Andalucía 2 de marzo 2004 (JUR 201279), afirma que “malamente puede compensarse hoy lo abonado por extinción del contrato a causa del incumplimiento grave y culpable del empresario apreciado judicialmente, y destinado a suplir la pérdida del puesto de trabajo, con la cantidad fijada en la sentencia recurrida y destinada a paliar las consecuencias del incumplimiento del deber general de no dañar y generador de una baja médica y de una secuela de la enfermedad determinante de aquélla”. Y la STSJ Cataluña 14 de diciembre 2004 (AS 4013) afirma que “Igualmente ha de rechazarse la invocación del principio ‘non bis in idem’, pues además de que dicho principio únicamente es aplicable en derecho disciplinario, la indemnización fijada en la sentencia recurrida lo es en concepto de daños morales, es decir, con distinto fundamento y también distinta finalidad que la percibida en su día como compensación de incentivos, y la pactada por la improcedencia del despido”. Por otra parte, la STSJ Cataluña 2 de junio de 2004 (AS 2641) resulta sumamente interesante porque declara la compatibilidad del resarcimiento por despido improcedente con la indemnización de daños y perjuicios de una trabajadora que, tras demandar a la empresa por despido nulo (alegando la existencia de un acoso sexual), finalmente renuncia en el acto del juicio a la declaración de nulidad del despido solicitando que el mismo se declarara improcedente. No obstante, a nuestro entender, la argumentación del Tribunal resulta ciertamente forzada, pues sostiene la existencia de dos tipos de despidos relacionados con la conculcación de derechos fundamentales, los despidos sancionados en el art. 55.5, en que la violación constitucional la produce la propia extinción del contrato, y los relacionados de alguna forma con la vulneración de derechos y libertades fundamentales, *ex* art. 182 TRLPL cuya consecuencia inmediata no es la nulidad porque no está así previsto en la Ley y porque de ella podrían derivar efectos perjudiciales para el trabajador”.

<sup>430</sup> RJ 7176.

<sup>431</sup> En términos similares, en la doctrina judicial, SSTSJ País Vasco 24 de octubre 2006 (AS 2007\1000); y Madrid 28 de noviembre 2006 (AS 2007\523).

<sup>432</sup> RJ 3401.

<sup>433</sup> RJ 7176.

lo que debe “reconocerse que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas”<sup>434</sup>.

Por consiguiente, sólo cabe apreciar la existencia de *una única indemnización de daños y perjuicios* que integrará los perjuicios padecidos por el trabajador ante el comportamiento ilegal del empresario (que, en virtud de la doctrina constitucional de la “pluriofensividad” citada, podrá calificarse simultáneamente como un ilícito contractual y un ilícito constitucional, según el caso). Lo que significa que, en puridad, *no es posible* mantener que la indemnización legal prevista para el despido improcedente integre los daños y perjuicios de forma tasada, pues, si se admitiera, como se ha manifestado, se estaría vulnerando la propia doctrina jurisprudencial que impide que un solo incumplimiento genere una doble indemnización, por aplicación del principio *non bis in idem*<sup>435</sup>.

vi.- Finalmente, en la línea apuntada, el Auto del TS de 15 septiembre 2004<sup>436</sup> ha admitido la posibilidad de reclamar una indemnización adicional en los supuestos de extinción del contrato vía art. 50 TRET<sup>437</sup>, poniendo en entredicho – de nuevo – que la compensación legal esté resarcido, en puridad, los daños y perjuicios. Cuestión que, sin necesidad de acudir

---

<sup>434</sup> Es decir, como afirman los magistrados que sostienen el Voto Particular a la STS 17 de mayo 2006 (RJ 7176), “la sentencia debería haber rectificado la anterior doctrina de la Sala, reconociendo que en los supuestos de conductas empresariales vejatorias es posible percibir, junto a la indemnización que pueda corresponder por la resolución del contrato, otra indemnización por los perjuicios morales producidos por esas conductas”. Sin embargo, la STS 7 de febrero 2007 (RJ 2195) ha confirmado el criterio sentado por la STS 17 de mayo 2006 (RJ 7176).

<sup>435</sup> STS 3 de abril 1994 (RJ 3047).

<sup>436</sup> JUR 296933 – Ponente: GULLÓN RODRÍGUEZ.

<sup>437</sup> Pronunciamiento de difícil encaje atendiendo a la doctrina unificada en la STS 11 de marzo 2004 (RJ 3401). *Vid.* también, STS 25 de noviembre 2004 (RJ 2005\1058); y SSTSJ Canarias (Tenerife) 26 de julio 2005 (AS 2211); y Asturias 4 de febrero 2005 (AS 2280). Un comentario de dicha sentencia en la doctrina, **SEMPERE NAVARRO** y **BUENDÍA JIMÉNEZ**. *El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo*, *op. cit.* (versión digital). En contra de este criterio unificado, STSJ Galicia 4 de noviembre 2003 (AS 657). Y especialmente, STSJ Canarias (Las Palmas) 14 de junio 2005 (AS 1821): “entiende esta Sala que la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basado en un incumplimiento contractual grave y culpable del empresario *ex* artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (o de la declaración de improcedencia del despido), es perfectamente compatible con una indemnización por daños y perjuicios materiales y/o morales que tenga como punto de partida los mismos hechos, al ser diverso su objeto, pues con la primera se indemniza al trabajador de los perjuicios derivados de la extinción de su contrato de trabajo, mientras que con la segunda se le indemniza por los daños y perjuicios añadidos que puede haberle ocasionado la actuación empresarial, si estos quedaren debidamente acreditados”. De hecho, la doctrina admite (siguiendo el criterio de la STS 11 de marzo de 2004, RJ 3401) que aunque no pueda reclamarse simultáneamente la resolución junto con la indemnización de daños y perjuicios, “si el trabajador perjudicado por el acoso empresarial (o conducta ilícita, en general) opta por reclamar frente a los perjuicios padecidos, podría obtener una sentencia condenatoria al pago de la correspondiente indemnización (hasta aquí, ninguna duda) y posteriormente, recaída la sentencia condenatoria y sin haber prescrito la acción, instar judicialmente la extinción de su contrato”. Afirmación, no obstante, matizada porque “si se piensa en la compatibilidad de las indemnizaciones y en la posibilidad de ejercicio conjunto de ambas acciones (extintiva e indemnizatoria pura) la reparación del daño no podría plantearse en pleito independiente, ni ante jurisdicción distinta de la Social, debiendo operar el efecto preclusivo de la cosa juzgada material”. Aunque, admitiéndose que la indemnización por despido improcedente, “satisface íntegramente el interés del trabajador derivado de un incumplimiento grave de las prestaciones contractuales a cargo del empresario desde la perspectiva de terminación de la relación laboral” es evidente que “no atiende a los específicos daños que en los derechos fundamentales del trabajador pueden haberse producido”. **SEMPERE NAVARRO** y **BUENDÍA JIMÉNEZ**, *op. cit.*

a complejas construcciones jurídicas<sup>438</sup>, halla fácil acomodo en la tesis que se defiende. Y, en términos similares, el Auto TS 20 de octubre 2005<sup>439</sup> que, desestimando el recurso de casación en unificación de doctrina, confirma el fallo de la STSJ Madrid 17 de febrero 2004 que, a partir de la existencia de infracción de medidas de seguridad imputables a la empresa que dieron lugar a un accidente de trabajo sufrido por una trabajadora, al amparo del art. 123.1 TRLGSS también sostiene la compatibilidad de la indemnización *ex* art. 50 TRET y la indemnización de daños y perjuicios *ex* 1101 CC<sup>440</sup>.

y vii.- A modo de conclusión, puede afirmarse que en los supuestos de despido calificados como improcedentes o nulos, ante la falta de una normativa específica que lo prevea, la ley especial – Laboral - sólo regula el resarcimiento por el no cumplimiento de la prestación específica, debiendo acudir supletoriamente a la ley general - Civil -, esto es, arts. 1124 y 1101. Por ello, en los casos de despido improcedente, el trabajador - ante la propia jurisdicción laboral (art. 2.a TRLPL) – *podrá* solicitar una indemnización de daños y perjuicios (y no sólo por los denominados daños morales<sup>441</sup>). Repárese que durante décadas el argumento para negar el derecho de los trabajadores a una indemnización *in integrum* era las dificultades

---

<sup>438</sup> En la doctrina, MOLINA NAVARRETE, analizando la resolución *ex* art. 50 TRET, sostiene que “a nuestro juicio, la percepción de los 45 días de salario por año de servicio, pues, no empece la solicitud por el trabajador-víctima, también en vía de jurisdicción social, de una indemnización específicamente dirigida a resarcir los daños producidos a los diferentes bienes de la personalidad como consecuencia del hostigamiento o acoso psicológico sufrido, y del que quiere ‘escapar’ a través de la vía de salida que le ofrece el artículo 50.1 a) LET. De modo que aquella indemnización materialmente ‘civil’, en el sentido de tutelar los derechos de la persona, aunque se trate de un trabajador, se adicionaría a la indemnización ‘laboral’ prevista en este artículo, manteniendo en todo momento una sustancial autonomía sea conceptual sea cuantitativa entre ambas. A la duplicidad de daños jurídicamente protegidos por diferentes normas [art. 50 a) LET y arts. 180 y 181 LPL, respectivamente], aunque todas ellas laborales, le corresponde por tanto una duplicidad de indemnizaciones en estos casos, aunque sea única la conducta responsable de ambos”. MOLINA NAVARRETE. *La tutela de la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización, op. cit.* (versión digital). *Vid.* también, URRUTIKOETXEA BARRUTIA. *Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (Comentario al ATS 15 septiembre 2004), op. cit.* (versión digital), quien sostiene que en estos supuestos el resarcimiento se justifica porque lo que está en juego son las normas de convivencia general (lo que, en tal caso, cabría plantearse quién sería el legítimo beneficiario).

<sup>439</sup> JUR 2006\54013 – Ponente: GULLÓN RODRÍGUEZ.

<sup>440</sup> El TS justifica este desvío de la doctrina general (sentada, entre otras, en la STS 3 de abril 1997, RJ 3047), porque “en el caso recurrido la acción se ejercita al amparo del artículo 123.1 LGSS partiendo de la existencia de infracción de medidas de seguridad imputables a la empresa que dieron lugar a los accidentes de trabajo sufridos por la trabajadora y por cuyas consecuencias se plantea la reclamación de indemnización civil. En el caso comparado [STS 3 de abril 1997], la indemnización civil se plantea en el entendimiento de que las lesiones y dolencias padecidas (cuadro depresivo) tenían su origen en la conducta empresarial que había motivado la resolución del contrato. Y dicha diferencia es sustancial porque en el caso recurrido la segunda acción se conecta con la infracción de medidas de seguridad causantes de los accidentes de trabajo, mientras que en el caso comparado la indemnización civil se ampara en que, según la trabajadora, las lesiones y dolencias padecidas habían sido producidas por las mismas causas que dieron lugar a la extinción indemnizada del contrato”. En el fondo, lo que se está poniendo de manifiesto es que, como consecuencia del incumplimiento contractual del empresario, el trabajador tiene derecho a dos indemnizaciones que, en modo alguno, pueden entenderse ambas de daños y perjuicios.

<sup>441</sup> Una definición de los mismos en, STS [Civil] 22 de febrero 2001 (RJ 2242). Como expone la STSJ Galicia 4 de noviembre 2003 (AS 657), según la STS 22 de julio 1996 (RJ 6381), que puntualiza las anteriores de 9 de junio de 1993 (RJ 4553) y 8 de mayo 1995 (RJ 3752), “no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, o la vulneración de un derecho fundamental, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización (no se trata de un daño *in re ipsa*), pues es obligado que el demandante alegue, en su demanda, las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión”. *Vid.* al respecto, LASAOSA IRIGOYEN. *Indemnización de daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo*. ASoc nº 18, 2003, versión digital (Ar. BIB 2003\1518).

para probar tales perjuicios, la dilatación del proceso que ello comportaba y, a fin de cuentas, la necesidad de proveer al trabajador de un sustento económico por la pérdida de su empleo<sup>442</sup>. Argumentos, todos ellos, que en el Siglo XXI y con la legislación actual parecen absolutamente superados. La idea del Legislador decimonónico de un trabajador “desvalido” frente al poder judicial y necesitado imperiosamente de un sustento de vida que contribuyera a paliar la situación provocada por la pérdida del empleo, ha impregnado de tal modo en la configuración de la política legislativa de protección del empleo, que ha condenado a esta parte del contrato a renunciar a uno de los elementos más elementales de las reglas de la responsabilidad durante décadas. Por suerte, aquella visión vetusta de la “clase trabajadora” ha quedado superada, debiéndose poder defender, sin reparos, el desbloqueo de esta, hoy, incomprensible restricción<sup>443</sup>.

En definitiva, si se acepta este planteamiento se procederá, por fin, a la correcta aplicación de la lógica resarcitoria derivada de ilícitos contractuales (deliberadamente) omitida desde antiguo – por razones obvias. Pese a que pueda objetarse que este planteamiento puede tener efectos contraproducentes en el empleo, retrayendo la contratación indefinida (*amenaza* recurrente y siempre latente), no debe olvidarse que esta interpretación no restringe ni un ápice la concepción (ya de por sí flexible) de las causas resolutorias existentes (que permanecen incólumes). A nuestro entender, la tesis expuesta debe evaluarse como una forma de *completar* (de una vez por todas) la respuesta legal vigente frente a una conducta – no se olvide – contractualmente *ilícita* del empresario. Lo que, paralelamente, la convierte, por un lado, en un efectivo mecanismo disuasorio (que se suma al contenido de la LISOS), pero – repito - no frente al recurso de la contratación indefinida, sino frente a comportamientos resolutorios arbitrarios o absolutamente injustificados<sup>444</sup>; y, por otro, en un poderoso elemento persuasivo para la solución extrajudicial de los conflictos (todo ello, consecuencia de la incertidumbre – que no inseguridad jurídica - que comporta).

No obstante, la tendencia del Legislador parece ir por otros derroteros. La previsión de la indemnización de 33 con un máximo de 24 mensualidades en las resoluciones por causas de empresa calificadas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida no deja de sorprender. Sin negar que los elevados costes de resolución del contrato de trabajo puedan constituir un obstáculo importante al avance de la contratación fija y al retroceso de la temporalidad, lo cierto es que, a nuestro entender, este argumento sólo puede

---

<sup>442</sup> Abogando por estos argumentos, **MONTOYA MELGAR**. *El despido improcedente y sus efectos*, op. cit., p. 524.

<sup>443</sup> Defendiendo la posible reclamación de una indemnización de daños y perjuicios acudiendo a los planteamientos del Derecho común, **GIL Y GIL**. *Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado*. RL nº 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2858/2007).

<sup>444</sup> En términos similares, **MOLINA NAVARRETE**. *La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina*. *A propósito de la STS, Sala 4ª, de 11 de marzo de 2004*, op. cit. (versión digital), p. 18 y 19.

alegarse (legítimamente) con respecto a las resoluciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador calificadas como procedentes; pero, difícilmente es admisible en aquellas resoluciones en las que el empresario ha actuado ilícitamente (y se ha declarado la improcedencia). Pretender que, al margen de los mecanismos resolutorios (ciertamente flexibles), *las conductas ilegales*, no sólo no sean debidamente castigadas (y el trabajador reciba debidamente su compensación - integrando los daños y perjuicios provocados), sino que además *resulten premiadas* con una reducción del resarcimiento económico que debe abonarse, suscita cierta perplejidad (y un claro incentivo, en el caso de que se aprueben, al incumplimiento sistemático de la norma). Del mismo modo, difícilmente puede aceptarse que al amparo de la generalidad de las denominadas “causas de empresa” y los problemas jurídico-interpretativos que su aplicación suscita en los órganos jurisdiccionales, se persiga una progresiva atenuación de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la improcedencia de la resolución (en vez de incidir en su precisión normativa o convencional).

#### ***b.5.- La ejecución del despido improcedente.***

La posibilidad efectiva de compeler al empresario al cumplimiento de la readmisión, para el caso de que haya optado por esta medida, es el factor que proporciona una gran cantidad de información respecto de la intensidad con el que se protege la estabilidad en el empleo.

El régimen jurídico de la ejecución del despido improcedente varía en función de si dicha ejecución es provisional (i.-) o bien si la sentencia es firme (ii.-).

i.- Si la sentencia que declare la improcedencia del despido fuera recurrida, a instancia de cualquiera de las partes, caben dos opciones. Si el empresario opta por la readmisión y éste o el trabajador interponen un recurso, en tanto que se tramita el mismo, cabe solicitar (trabajador – “petición” – o empresario – “solicitud”<sup>445</sup>) la ejecución provisional. Con este trámite se pretende proteger al trabajador, ante la situación de falta de empleo y de salario, frente a posibles situaciones abusivas o de mala fe por la parte procesal contraria<sup>446</sup>, así como satisfacer “al menos transitoria o provisionalmente, los derechos que al favorecido (al trabajador) le reconoce la sentencia que declara ilícito el despido y que dicha satisfacción se haga a costa o a

---

<sup>445</sup> **MONTOYA MELGAR ET ALTRI.** *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 951; **MONTERO AROCA y MARÍN CORREA.** *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999, p. 123 y 124; **BLASCO PELLICER.** *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 87; y **DURÁN LÓPEZ.** *El proceso de despido en el nuevo texto articulado: cognición y ejecución*, *op. cit.*, p. 470 y 471.

<sup>446</sup> **BLASCO PELLICER.** *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 66 y 67. En términos similares, **ANDINO AXPE.** *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, *op. cit.*, p. 346 y 347.

cargo del condenado (el empresario)”<sup>447</sup>. Amparo que, no obstante, no se traduce con la automática reconstrucción provisional de la relación laboral mientras dure el proceso, sino que se trata de un aspecto que está supeditado a la decisión del empresario<sup>448</sup>.

Se trata de un procedimiento de ejecución autónomo del proceso principal y del recurso interpuesto<sup>449</sup>, en virtud del cual, se obliga al empresario a abonar la retribución que viniera percibiendo con anterioridad a producirse el despido (y que será la prevista en la sentencia recurrida)<sup>450</sup>, estando el trabajador obligado a prestar sus servicios, salvo que aquél

---

<sup>447</sup> Es lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, pudiera entenderse como ‘garantía del disfrute de los derechos concedidos en instancia’”. **SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA**. *Despido improcedente y recursos: garantía de los intereses del trabajador*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 185 y 186. En términos similares, **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución provisional en despidos: supuestos, contenido y recursos*. REDT nº 49, 1991, p. 824.

En cuanto a la ubicación de la ejecución provisional en el marco constitucional *vid.* sintéticamente, **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**. *Ejecución provisional de las sentencias de despido*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 360; **BLASCO PELLICER**, *op. cit.*, p. 66.

Una exposición de la evolución legislativa de la institución en, **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 130 a 133; **DE VAL TENA**. *La ejecución provisional de las sentencias por despido*. En “La ejecución de sentencias de despido”. (Autora: Carmen Ortiz Lallana). ACARL. Madrid, 1995, p. 308 y ss.; y **MONTERO AROCA** y **MARÍN CORREA**. *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, *op. cit.*, p. 27 a 30.

<sup>448</sup> El ámbito de aplicación de esta forma de ejecución viene definido por aquellos supuestos en los que el título ejecutivo es una sentencia (por consiguiente no quedan comprendidos ni las conciliaciones judiciales ni extrajudiciales, ni tampoco las extinciones contractuales producidas como consecuencia de un auto). **ALBIOL MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, *op. cit.*, p. 578; **BLASCO PELLICER**. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 68; y **COLLADO GARCÍA** y **ROMERO RÓDENAS**. *Ejecución provisional de las sentencias de despido tras la entrada en vigor de la Ley 11/94, de 19 de mayo*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, p. 176.

Por otra parte, la ejecución provisional comprende los supuestos de despido, resolución *ex art.* 52 y 51 TRET (sólo si, en este último supuesto, tiene su origen en la falta de autorización administrativa o bien en el uso que se haga de la misma sin sujeción a pautas y criterios establecidos por la Administración, para lo cual es competente el juez social) o la terminación de un contrato temporal u otros supuestos análogos. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 948; y **COLLADO GARCÍA** y **ROMERO RÓDENAS**, *op. cit.*, p. 177. En cambio, la ejecución provisional no procede en los supuestos de resolución contractual a instancia del trabajador (STS 23 de abril 1996, RJ 3403), ni tampoco en los supuestos de resolución al amparo de los arts. 40 y 41 TRET. **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**. *Ejecución provisional de las sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 361; **DE VAL TENA**. *La ejecución provisional de las sentencias por despido*, *op. cit.*, p. 308 y ss.; y **BLASCO PELLICER**, *op. cit.*, p. 68 a 71. En contra, apartándose de la literalidad del precepto, y entendiendo su aplicación a los supuestos de movilidad geográfica y funcional declaradas nulas o injustificadas, **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**, *op. cit.*, p. 948.

En lo relativo al plazo para solicitar la ejecución provisional, la doctrina es partidaria de que el trabajador puede solicitarla en cualquier momento mientras se resuelve el recurso (incluso con efectos retroactivos, esto es, con derecho a percibir el salario por el período anterior a la solicitud). En cambio, para el empresario, el plazo para solicitarla es de seis días (art. 385 LEC). **MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**, *op. cit.*, p. 584; **COLLADO GARCÍA** y **ROMERO RÓDENAS**, *op. cit.*, p. 181 y 182; y **DE VAL TENA**, *op. cit.*, p. 339. Defendiendo que la ejecución provisional sólo tiene efectos desde que se solicita, **MONTERO AROCA** y **MARÍN CORREA**, *op. cit.*, p. 128.

Un detallado e interesante análisis de las cuestiones relativas a la posibilidad de solicitar la ejecución parcial *ex art.* 240 TRLPL y las ventajas e inconvenientes para cada de una de las partes respecto de la ejecución provisional en, **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 484 y ss.

<sup>449</sup> **COLLADO GARCÍA** y **ROMERO RÓDENAS**. *Ejecución provisional de las sentencias de despido tras la entrada en vigor de la Ley 11/94, de 19 de mayo*, *op. cit.*, p. 174 a 176.

<sup>450</sup> Por tanto, sin que el trabajador tenga la posibilidad de reclamar la actualización del salario. STS 7 de diciembre 1990 (RJ 9760). Circunstancia criticada por la doctrina, especialmente cuando se prestan servicios reales, por ser contrario a una aplicación elemental del principio de igualdad. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 950; y **BLASCO PELLICER**. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, *op. cit.*, p. 75 y 76. Y, defendiendo la idoneidad de esta norma, **DE VAL TENA**. *La ejecución provisional de las sentencias por despido*, *op. cit.*, p. 321 y 322.

prefiera abonar el salario sin compensación alguna (arts. 111.1.a y 295.1 TRLPL)<sup>451</sup>. Regla, sin duda, derivada de la aplicación del art. 30 TRET<sup>452</sup>.

Obligación (la prevista en el art. 295.1 TRLPL) que también se exige en los supuestos de despido nulo (arts. 113 y 295.2 TRLPL), así como en los que haya sido el trabajador el que hubiera optado por exigir el cumplimiento específico (arts. 112 y 295.3 TRLPL).

Si, en cambio, el empresario opta por la indemnización y se interpone un recurso (por cualquiera de las dos partes), no procede la ejecución provisional de la sentencia – arts. 111.1.b y 112.1.b TRLPL (quedando el trabajador en situación de desempleo)<sup>453</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>451</sup> Si el empresario permanece en una posición pasiva, se entiende que ha optado por abonar el salario sin contraprestación alguna. **MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 581; **BLASCO PELLICER**. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, op. cit., p. 79; y **MONTERO AROCA y MARÍN CORREA**. *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*, op. cit., p. 127. En cuanto a la posibilidad de trabajador de prestar sus servicios para otra empresa o por cuenta propia, para el caso de que el empresario decida que no se reincorpore a su puesto de trabajo, la jurisprudencia es partidaria de reconocer la posibilidad de exonerarse total o parcialmente de la obligación salarial, aplicando la norma prevista en el art. 56.1.b) TRET. En la doctrina, a favor de esta doctrina, por estimar que, de otro modo, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto del trabajador. **DE VAL TENA**. *La ejecución provisional de las sentencias por despido*, op. cit., p. 324. Manifestando sus objeciones a esta interpretación, por entender que el “simple hecho de la negativa empresarial a la utilización de servicios por parte del trabajador no puede ser título suficiente para condenarle a la inactividad”, **BLASCO PELLICER**, op. cit., p. 77 y 78.

El trámite adecuado para solventar los problemas derivados de una readmisión irregular mientras se resuelve la sentencia recurrida es el incidente de ejecución provisional de sentencias de despido regulado en los arts. 295 y 296 TRLPL y no la resolución del contrato ex art. 50 TRET. STS 19 de mayo 1998 (RJ 4733). Para el supuesto de que el empresario no cumpla la obligación de readmitir o lo haga irregularmente, se han planteado diversas soluciones (3, en principio, aunque a partir de la STS 17 de febrero 1999, RJ 1806, han quedado reducidas a dos). Por un lado, puede entenderse que la opción empresarial por la readmisión queda revocada de modo que el empresario está obligado al abono de los salarios sin prestación de servicios hasta que adquiera firmeza la sentencia. Por otro lado, puede entenderse que la opción empresarial por la readmisión ha quedado revocada y por consiguiente debe entenderse que ha optado por la obligación alternativa, la indemnización. De tal modo que el empresario mientras se sustancia el recurso no está obligado al abono de la indemnización permaneciendo el trabajador en situación legal de desempleo. **PÉREZ-BENEYTO ABAD**. *Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias*, op. cit., p. 274 y 275; y **CORBERA HERREROS**. *Despido improcedente + Recurso de duplicación + Readmisión irregular = Error judicial*. Boletín Aranzadi Laboral, septiembre 2001, versión digital (BIB 2001\1003).

Si es el trabajador el que se niega al cumplimiento del auto, perderá los salarios a los que hubiera podido tener derecho durante la sustanciación del recurso – art. 297 TRLPL – sin que, en principio, este incumplimiento constituya una nueva causa de despido (STSJ Comunidad Valenciana 29 de septiembre 2004, AS 3092) – habrá que estar a cada caso concreto; ni tampoco comporta la pérdida de los salarios de tramitación producidos con anterioridad a la ejecución provisional ni tampoco los que pudieran devengarse una vez que la sentencia es firme. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 581. En cambio, si la readmisión se ha llevado a cabo, el empresario puede resolver el contrato siempre que concurren las causas para ello. STSJ Asturias 22 de diciembre 2000 (JUR 50314), cit. **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**. *Ejecución provisional de las sentencias de despido*, op. cit., p. 368. *Id.* al respecto también, **DE VAL TENA**, op. cit., p. 332 a 334; y **BLASCO PELLICER**, op. cit., p. 83 y 84. En contra de la posibilidad de despedir durante la ejecución provisional, **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 357 y 358.

Finalmente, tal y como expone el art. 298 TRLPL si la sentencia favorable objeto de ejecución provisional fuera posteriormente revocada, el trabajador no estará obligado a reintegrar los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional (STS 17 de julio 1993, RJ 8044), salvo los salarios de tramitación que median entre el despido y la readmisión, pues, como afirma **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**, que sigue a **CRUZ VILLALÓN**, “este período no comprende al de ejecución provisional”. **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**, op. cit., p. 369. Tampoco está obligado a su devolución para el caso que el recurso se resuelva determinando la falta de competencia la jurisdicción laboral. STC n° 234, 14 de diciembre 1992 (RTC 234). Un comentario al respecto, **GÓMEZ IGLESIAS**. *Ejecución provisional de la sentencia de despido*. REDT n° 64, 1994, p. 349 y ss.

<sup>452</sup> **BLASCO PELLICER**. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC*, op. cit., p. 73.

<sup>453</sup> Tratamiento que la doctrina considera que se trata de un elemento que incentiva al empresario a recurrir las sentencias, pues, no tiene que soportar la carga económica de la ejecución mientras se sustancia el recurso. **ROJO TORRECILLA**. *El despido disciplinario en la reforma laboral*, op. cit., p. 313; y **COLLADO GARCÍA y ROMERO RÓDENAS**.

doctrina estima que la literalidad de los preceptos citados se refiere a la ejecución provisional prevista en el art. 295 y ss. TRLPL, pero no a la posibilidad de ejecución provisional, debiéndose entender que estos supuestos entran de lleno en lo que el art. 299 TRLPL denomina “casos en que no proceda la aplicación de las normas de ejecución provisional establecidas en este capítulo”; pudiéndose entender, por tanto, que se ejecutarán mediante anticipos reintegrables (*ex art. 287 y ss. TRLPL*)<sup>454</sup>.

Si al recaer sentencia resolviendo el recurso interpuesto por el trabajador, se incrementara la cuantía de la indemnización, el empresario tiene la posibilidad de optar por la readmisión, de tal modo que la “readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección” (art. 111.1.b TRLPL)<sup>455</sup>. Ahora bien, si ha sido el trabajador el que ha optado por la indemnización, mientras se resuelve el recurso interpuesto por trabajador o empresario, aquél permanecerá en situación legal de desempleo. Para el caso de que la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el empresario disminuyera la cuantía de la indemnización, es el trabajador el que tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación específica, de tal modo que la “readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección” (art. 112.1.b TRLPL)

ii.- Si la sentencia es firme, la ejecución de la opción por la readmisión<sup>456</sup> viene regulada en los arts. 276 a 279 TRLPL<sup>457</sup>. Si el empresario opta por la readmisión debe comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia, la fecha de su reincorporación; que debe efectuarse en el plazo de tres días desde la recepción de la comunicación (lo que da pie a lo que se ha denominado como “solución extrajudicial”<sup>458</sup>)<sup>459</sup>.

---

*Ejecución provisional de las sentencias de despido tras la entrada en vigor de la Ley 11/94, de 19 de mayo, op. cit., p. 181. Además, es especialmente gravoso para los supuestos en los que el trabajador no tenga derecho a la prestación por desempleo, pues, a diferencia del sistema procesal anterior, no puede instar la ejecución provisional; ni probablemente tampoco la ejecución parcial, pues, es posible que el recurso verse sobre la cuantía, por lo que no podrá despacharse su ejecución definitiva. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido, op. cit., p. 492 y 493.*

<sup>454</sup> **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido, op. cit., p. 133*; y **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral, op. cit., p. 587 y 588*; **SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA**. *Despido improcedente y recursos: garantía de los intereses del trabajador, op. cit., p. 189 y 190*; y **BLASCO PELLICER**. *Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC, op. cit., p. 100 a 102.*

<sup>455</sup> En cuanto a la evolución de esta regla *vid.*, **ROMÁN VACA**. *El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994, op. cit., p. 368 y 369.*

<sup>456</sup> Como se ha apuntado, si se trata de ejecutar forzosamente el pago de la indemnización debe acudir al proceso de ejecución dineraria (art. 246 y ss. TRLPL).

<sup>457</sup> En cambio, el trámite previsto en los arts. 276 y ss. TRLPL es aplicable asimismo a los supuestos en los que la readmisión haya sido acordada en conciliación extrajudicial y judicial. SSTS 20 de marzo y 28 de abril 1998 (RJ 3001 y 3873). Aunque para un sector de la doctrina, para el caso de que el trabajador tenga la condición de aforado deberá acudir al trámite previsto en los arts. 280 a 284 TRLPL. **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido, op. cit., p. 412*. No obstante, algunos autores, apartándose de la doctrina jurisprudencial estiman que en estos casos “debe partirse del respeto de la voluntad de las partes que conocen las posibilidades de recomponer la relación laboral y que expresamente optan por la readmisión y no por la extinción indemnizada”. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, op. cit., p. 885.*

<sup>458</sup> **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido, op. cit., p. 120.*



Si el empresario incumple la obligación de comunicación al trabajador en el citado plazo de diez días, se entiende que la readmisión ya no es posible<sup>460</sup> y que el contrato queda extinguido, obligándole al abono de la indemnización legal tasada por despido improcedente y al pago de los salarios de tramitación. Sólo en el supuesto que quede acreditada la imposibilidad de efectuar dicha comunicación podrá procederse a la readmisión pasados los diez días citados<sup>461</sup>.

Si el empresario ha manifestado su voluntad de readmitir al trabajador, y lo que se persigue es la conservación del negocio jurídico, podría entenderse que esta respuesta legislativa es un poco expeditiva, pues, el contrato acaba extinguiéndose por el mero incumplimiento de un requisito formal. Sin embargo, a nuestro entender, conviene tener presente, en primer lugar, que el plazo para la comunicación es lo suficientemente amplio como para poder valorar cuál es el verdadero propósito del empresario si no cumple con la comunicación (salvo que se pruebe su imposibilidad); y, en segundo lugar, que, como se analizará en la *Segunda Parte*, uno de los factores que más influyen en la generación de daños, es la dilación en la percepción de la compensación una vez sufrido un perjuicio. Desde esta perspectiva, entonces, parece muy acertado que la Ley opte por no dilatar más el proceso y finiquitar el asunto de una vez por todas.

Si efectivamente se produce la readmisión (que deberá producirse en un plazo – mínimo – de tres días desde la recepción de la comunicación<sup>462</sup>), el empresario está obligado a reintegrar al trabajador en las mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad al despido, a abonarle los salarios hasta la fecha efectiva de la readmisión (salvo que no se pudiera efectuar por motivos imputables al trabajador), a darlo de alta y a cotizar a la Seguridad Social.

Si el empresario, a pesar de pronunciarse a favor de la readmisión, se negara a efectuarla o, efectuada, fuera irregular, el trabajador puede solicitar el incidente de no readmisión (dando pie a lo que se conoce como “solución judicial”<sup>463</sup>)<sup>464</sup>. En cuanto al

---

<sup>459</sup> Plazo que empieza a computar a partir de la fecha de la notificación de la sentencia y no a partir del transcurso del plazo de cinco días a partir de la notificación de sentencia en el que el empresario debe comunicar al órgano judicial el sentido de su decisión. STS 15 de marzo 2004 (RJ 2041).

<sup>460</sup> SSTS 15 de marzo 2004 (RJ 2041) y 23 de noviembre 1998 (RJ 10019). En la doctrina, **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 300 y 381; y **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 295 a 297.

<sup>461</sup> STSJ Comunidad Valenciana 4 de marzo 1998 (AS 994), cit. **ESCUDERO MORATALLA** y **MARTÍNEZ GONZÁLEZ**. *Despido y salarios de tramitación*. Bosch. Barcelona, 2003, p. 38.

<sup>462</sup> Para un sector de la doctrina, a pesar de tratarse de un plazo mínimo (“plazo no inferior”), estima que puede incorporarse con anterioridad. **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 381. Por otra parte, también se ha denunciado que el hecho de que no se especifique plazo máximo alguno puede dar pie a injustas dilaciones. **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 301.

<sup>463</sup> **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido*, op. cit., p. 121 y 122. En cuanto a la discusión relativa a la infungibilidad o no de la readmisión vid. *supra*; y en la doctrina extensamente, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 103 y ss.

<sup>464</sup> Un breve análisis de la evolución de esta institución (hasta 1987) en **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *El acceso al recurso en la ejecución de las sentencias de despido; y El ámbito del incidente de no readmisión*. RL 1987 – I, p. 58 y ss.

procedimiento de este trámite incidental<sup>465</sup>, tal y como se prevé en el art. 278 TRLPL, en el momento que el trabajador solicita la ejecución del fallo, el Magistrado debe citar a las partes para que comparezcan en el plazo de cuatro días<sup>466</sup>. En cuanto a la comparecencia, las partes deben aportar las pruebas que estimen pertinentes para acreditar si se ha producido o no el cumplimiento de la obligación específica o bien, si ésta se ha producido de forma irregular o no<sup>467</sup> (sin que se excluya la posibilidad de que las partes transaccionen, siempre que se efectúe

---

La doctrina ha apuntado que, a pesar de que no lo prevea expresamente la legislación laboral, el empresario también está legitimado para instar la ejecución. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 888; **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 266; **BLASCO PELLICER**. *El régimen procesal del despido*, op. cit., p. 290 y 291; y **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 159 y ss. Los requisitos que deben concurrir para la operatividad del incidente de no readmisión son, pues, cuatro: firmeza de la sentencia o bien como consecuencia de otro título ejecutivo como la conciliación (previa o judicial) u otros procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos; el despido debe haberse declarado improcedente; el empresario es el titular de la opción (quedan fuera los supuestos de despido calificado como nulo y aquellos supuestos en los que la opción corresponde al trabajador – SSTS 5 de octubre 2001, RJ 2002\1421; 26 de diciembre 2000, RJ 2001\1877 -, pues, son supuestos que deben ejecutarse en sus propios términos); el empresario opta de forma expresa o tácita por la readmisión. **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 408.

En cuanto al ámbito temporal para solicitar el incidente de no readmisión la ley (art. 277.1 TRLPL) fija dos tipos de plazos, un plazo corto y otro largo. El plazo corto es de veinte días (hábiles - **MOLERO MANGLANO**. *El incidente de no readmisión*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 911) que se cuentan desde el incumplimiento del empresario: a) a partir de la fecha señalada para proceder a la readmisión, si no se hubiera efectuado; b) a partir de la expiración del plazo de diez días si no se ha señalado fecha para la reincorporación (supuesto que plantea un inconveniente, pues, es difícil que el trabajador sepa con exactitud la fecha de notificación de la sentencia. **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 303); y c) a partir de la readmisión, cuando ésta se considere irregular (en este caso el plazo se inicia a partir de la readmisión, no de ‘su irregularidad, que puede ser posterior’). El plazo largo (o “de gracia”) es de tres meses desde la firmeza de la Sentencia. Si sobrepasado el plazo corto, pero todavía dentro del largo, se insta la ejecución se perderán los salarios correspondientes a los días transcurridos entre el fin del mismo y aquel en el que se solicite la ejecución (art. 277.2 TRLPL). Sin embargo, la doctrina ha entendido que la reducción de los salarios de tramitación sólo puede operar cuando no se haya producido la readmisión, pues, si se ha producido irregularmente y el trabajador presta sus servicios, podría concurrir un enriquecimiento injusto del empresario. **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 155 y 156. En lo relativo al modo de cálculo de cada uno de estos plazos, RÍOS SALMERÓN, op. cit., p. 387.

<sup>465</sup> Una exposición de la discusión doctrinal relativa a la naturaleza jurídica declarativa o ejecutiva de este trámite procesal en, entre otros, **CANCIO FERNÁNDEZ**. *El incidente de no readmisión: aspectos procesales y limitaciones legales del debate*. Boletín Aranzadi Laboral nº 11 y 36/2002, versión digital (BIB 2002\2018 y 2166).

<sup>466</sup> Para un sector de la doctrina, debe entenderse que el plazo de 4 días se refiere al período de tiempo en el que debe efectuarse la citación y no al que debe efectuarse la comparecencia. **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 304. Otros autores no son partidarios de esta interpretación, aunque son conscientes de que se trata de “un plazo extraordinariamente breve y que en ocasiones puede ser de difícil cumplimiento con las suficientes garantías”. **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 172. En términos similares, **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 267.

Para el caso de que el empresario no comparezca, debe celebrarse el acto sin su presencia. En cambio, si el que no comparece es el trabajador, se estima que ha desistido de su solicitud, aunque en tal caso, no pierde los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la solicitud de la ejecución del fallo. **ESCUDERO MORATALLA** y **MARTÍNEZ GONZÁLEZ**. *Despido y salarios de tramitación*, op. cit., p. 55. Ni tampoco el derecho a solicitar la ejecución en un momento posterior siempre y cuando la acción no haya prescrito. STS 25 de septiembre 2001 (RJ 2002\6162). Criterio seguido por la STSJ Canarias (Tenerife) 10 de marzo 2006 (AS 1236). En la doctrina, **ALBIOL MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 547 y 548; **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 890; **ANDINO AXPE**, op. cit., p. 267; **ORTIZ LALLANA**, op. cit., p. 172; e **IGARTUA MIRÓ**, op. cit., p. 305.

<sup>467</sup> En este sentido, “mientras que el hecho negativo de la no readmisión debe entenderse concurrente, salvo la prueba en contrario [del empresario], la irregularidad debe ser acreditada por el ejecutante”. **IGARTUA MIRÓ**. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 307. En términos similares, **ALBIOL MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 546. La doctrina ha señalado que la “regularidad”

con la presencia judicial y no se produzca lesión grave para ninguna de las partes<sup>468</sup>). Para el supuesto de que se pruebe que efectivamente no se ha producido la readmisión o que producida ha sido irregular, el órgano judicial declarará (art. 279.2 TRLPI) extinguido el contrato en la fecha de la resolución (auto), con abono de la indemnización prevista para el despido improcedente (tomándose como momento de finalización del tiempo de servicio el momento en el que se extingue el contrato en virtud del auto<sup>469</sup>; y los salarios, los establecidos en la sentencia) y obligando al empresario al abono de los salarios de tramitación desde la notificación de la sentencia hasta la fecha en la que se dicta el citado auto<sup>470</sup>.

---

es un concepto jurídico indeterminado, de modo que las circunstancias de hecho juegan un papel fundamental a la hora de apreciar la existencia de una irregularidad en el cumplimiento de la prestación específica. **CABEZA PEREIRO**. *La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los Tribunales del Orden Social*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997, p. 434; **CARMONA POZAS**. *El incidente de readmisión irregular*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 862; y **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**, *op. cit.*, p. 551. La readmisión irregular puede definirse como “un incumplimiento deliberado y activo de la obligación de reintegrar correctamente al trabajador en la organización productiva”. **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 224. Se entiende que la readmisión es regular “cuando se hubiera restablecido el vínculo laboral en iguales condiciones a los que regían con anterioridad al despido; esto es cuando la reincorporación del trabajador se consuma en las mismas condiciones existentes antes del despido”. STS 4 de febrero 1995 (RJ 3734). O, más detalladamente, cuando la incorporación del trabajador “se consuma en las mismas condiciones existentes antes del despido en lo referente, entre otras, a su jornada, cometido y funciones y salarios percibidos”. STS 26 de noviembre 1986 (RJ 6724). En la doctrina judicial *vid.* SSTSJ Castilla y León (Burgos) 18 de noviembre 2003 (JUR 38179); y 31 de octubre 2006 (AS 2007\258). Por su parte, la doctrina – en base a algunos pronunciamientos de la doctrina judicial - ha destacado que en lo que se refiere al contenido sustantivo de las “mismas condiciones” debe adoptarse un criterio de comparación flexible, pues, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo “es dilatado y cambiante en el tiempo”. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, p. 435 y 436. Por otra parte, el ejercicio de las facultades modificatorias que la norma otorga al empresario no pueden calificarse *per se* como un supuesto de readmisión irregular, salvo que se aprecie una actitud rebelde al cumplimiento de la sentencia o bien pueda interpretarse como una represalia dirigida al trabajador. *Vid.* al respecto, entre otras, SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 11 de mayo de 1999 (AS 6020); Andalucía (Sevilla) 17 de marzo 2000 (AS 3310); y Andalucía (Málaga) 28 de abril 2000 (AS 1057). *Vid.* al respecto también, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 84 a 88; **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *Poderes del empresario y readmisión irregular*. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1180); **CARMONA POZAS**, *op. cit.*, p. 864 a 867; y **CABEZA PEREIRO**, *op. cit.*, p. 438 a 441. El impago de los salarios de tramitación no debe calificarse como un supuesto de readmisión irregular. STS 4 de febrero 1995 (RJ 3734) que sigue lo previsto en la STS 2 de noviembre 1989 (RJ 7986): “La readmisión realizada habrá de considerarse regular - lo que excluye la sustitución por el pago de la indemnización correspondiente - cuando se hubiera establecido el vínculo laboral en iguales condiciones que las que regían antes del despido, sin que afecte a tal realidad fáctica el que no se hubieran satisfecho los salarios de tramitación, que pueden y deben hacerse efectivos, cuando voluntaria y tempestivamente no se abonaran por la empresa, a través de la vía ejecutiva adecuada”. *Vid.* en la doctrina al respecto, **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 148 a 154; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 60 a 64.

<sup>468</sup> **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, *op. cit.*, p. 548; y **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 892; y **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>469</sup> Aunque, como denuncian algunos autores, en la práctica se acostumbra a hacer coincidir la fecha de extinción con aquella en la que se constata la no readmisión, para aliviar en parte al empresario de la carga de la indemnización y, sobre todo, de los salarios de tramitación. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 893.

<sup>470</sup> En este sentido, un sector de la doctrina ha estimado que el salario a tener en cuenta (para el cálculo de la indemnización y a los efectos de los salarios de tramitación) es el de la fecha del auto y no los que resultan de la propia sentencia (teoría de la “dinamicidad de los salarios de trámite”). **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, *op. cit.*, p. 399 y 400. Aunque la STS 7 diciembre 1990 (RJ 9760) haya negado la admisibilidad de esta tesis. Lo que, por otra parte, como expone **ORTIZ LALLANA**, no es más que una consecuencia del proceso ejecutivo. **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 165 a 171, 200 y 201.

Además, “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados”<sup>471</sup>, cabe la posibilidad de que el órgano judicial condene al empresario al abono de una indemnización de quince días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (art. 279.2.b TRLPL)<sup>472</sup>. Para un sector de la doctrina la naturaleza jurídica de esta indemnización es una pena o sanción civil<sup>473</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, atendiendo a los elementos que la delimitan, parece ser más próxima a una indemnización de daños y perjuicios tasada (lo que, desde un punto de vista jurídico, es coherente si se acepta que la indemnización legal tasada es la prestación por equivalente).

En cualquier caso, dado el extraordinario coste que este tipo de comportamiento empresarial genera en la contraparte y, sobre todo, en la Administración de Justicia, es claramente inapropiado que, con una finalidad disuasiva, no se prevean sanciones más severas. Si bien parece que el sistema no hace más que dar oportunidades al empresario para retractarse de su cambio de decisión (recuérdese que se parte de la base de que ha comunicado al trabajador su reincorporación) o de “normalizar” la readmisión efectuada, la ausencia de incentivos o, impulsos para la acción socialmente deseada, debilita la fortaleza de todo el proceso ejecutivo, convirtiéndolo, en muchas ocasiones, en un elemento dilatorio (extraordinariamente costoso, por cierto).

Por otra parte, la doctrina – con buen criterio - ha destacado que en tanto que la “solución” a esta situación es la extinción del contrato, debe procederse a una interpretación flexible de lo que debe entenderse por “regularidad” de la readmisión, tratando de adoptar una “posición positiva hacia la pervivencia del contrato”<sup>474</sup>.

### ***c.- Efectos jurídicos de la nulidad del despido: la condena al cumplimiento de la obligación ‘in natura’.***

#### ***c.1.- Los supuestos de nulidad del despido.***

Cabe la posibilidad de que la resolución del contrato no sólo no se sustente en una causa suficiente, sino que, además, comporte la censura o descalificación del trabajador en su

---

<sup>471</sup> Términos, en opinión de ANDINO AXPE, “vagos e imprecisos”. ANDINO AXPE. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 272.

<sup>472</sup> Para el cálculo de ambas indemnizaciones debe tenerse en cuenta el tiempo de servicios (hasta la fecha del auto) y el salario del trabajador. En este sentido cabría pensar en el de la fecha del despido o bien el de la fecha del auto (solución que prevé el art. 282.a TRLPL para la ejecución en sus propios términos). De todos modos, como apunta RÍOS SALMERÓN no parece que ésta última sea la opción interpretativa que vayan a adoptar los órganos jurisdiccionales. RÍOS SALMERÓN. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 396.

<sup>473</sup> ALONSO OLEA. *La ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión*, op. cit., p. 59. En términos similares, ORTIZ LALLANA. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 183.

<sup>474</sup> CABEZA PEREIRO. *La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los Tribunales del Orden Social*, op. cit., p. 436; y IGARTUA MIRÓ. *Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; Requisitos formales del despido objetivo*, op. cit., p. 308.

dimensión de ciudadano que presta una actividad profesional bajo el ámbito de organización y dirección del empresario<sup>475</sup>. En estos casos, el despido debe ser calificado como nulo. Lo que significa que la decisión empresarial es ineficaz *ex tunc*, por tanto, como si no se hubiera producido. Esto es, el trabajador tiene derecho a los salarios de tramitación y a la readmisión (art. 55.6 TRET y art. 113 TRLPL), al igual que en el despido improcedente, pero a diferencia de éste, sólo cabe el cumplimiento de la obligación específica. Además, como se ha apuntado, el trabajador está expresamente facultado para exigir una indemnización de daños y perjuicios. En el plano ejecutivo, la readmisión se exige en la ejecución provisional (arts. 113 y 295 TRLPL); y, para el caso de que se incumpla cuando la sentencia es firme, se prevé la ejecución en sus propios términos (arts. 280 a 284 TRLPL). Asimismo, para evitar actuaciones dirigidas a enmascarar este tipo de despido a través de diversas formas o incluso mediante su ausencia, el art. 108.3 TRLPL obliga al Juez a pronunciarse sobre su existencia, independientemente de cual haya sido el cauce a través del cual se haya canalizado<sup>476</sup>.

En estos supuestos, la trascendencia del bien jurídico afectado por la decisión resolutoria injustificada del empresario no sólo le imposibilita la elección de lo que más le conviene (readmitir o indemnizar), como sucede en los despidos improcedentes, sino que, incluso, al trabajador tampoco se le confiere capacidad alguna de decisión. Desde esta perspectiva, el Estado también está dispuesto a invertir el dinero que sea preciso para que los órganos jurisdiccionales garanticen que efectivamente su decisión se va a llevar a efecto. La imperatividad con la que el criterio del Legislador se impone sobre las voluntades de los directamente afectados es, a todas luces, una evidencia de una convicción paternalista del Derecho. De todos modos, parece ser una solución acertada, pues, si se dejara decidir al trabajador, lo más probable es que optara por abandonar su puesto de trabajo, lo que sin lugar a dudas supondría una victoria para el empresario incumplidor. Extremo que el Estado de Derecho no está dispuesto a aceptar. Por otra parte, es claro que esta solución no es plenamente satisfactoria, pues, condena al trabajador a permanecer trabajando en unas condiciones que probablemente, después de la decisión empresarial y el enjuiciamiento judicial, habrán dejado de ser favorables. En este contexto, se comprenden los motivos por los que progresivamente se han ido incrementando de forma sustancial las medidas disuasivas para reprimir, de raíz, este tipo de decisiones. En definitiva, previniendo un riesgo mediante el autocontrol del potencial “agresor”.

---

<sup>475</sup> **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 314.

<sup>476</sup> **BLANCO MARTÍN**. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*, *op. cit.*, p. 452; y **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 242 y 243.

En cuanto a los supuestos de nulidad, su enumeración tiene carácter de *numerus clausus*<sup>477</sup>.

En concreto, la nulidad puede declararse tanto si el despido está motivado por motivos discriminatorios como si es contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la CE<sup>78</sup>. Supuestos todos ellos que pueden reconducirse a una sola modalidad: “despido lesivo de derechos fundamentales”<sup>478</sup>. Además, a partir de la promulgación de la Ley 39/1999 (que – como se sabe - calificó como nulo el despido que afecte a trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión de la relación de trabajo por maternidad o riesgo, así como el despido de los trabajadores que se encuentren en situación de suspensión de la relación de trabajo por maternidad, adopción o riesgo durante el embarazo<sup>479</sup>), se han ido incorporando nuevos supuestos de despidos calificables como nulos, cuyo denominador común es que “la nulidad se produce *ex lege*, es decir, basada en el dato objetivo de que concurran determinadas

---

<sup>477</sup> STS 28 de junio 1994 (RJ 5495). En la doctrina, **DE LA VILLA GIL**. *Los efectos del despido nulo*, *op. cit.*, p. 590; **Y BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 97 y 98. Lo que a la postre se traduce en la imposibilidad de calificar como nulos los despidos en fraude de ley y abuso de derecho. STS 23 de mayo 1996 (RJ 4612); y 30 de diciembre 1997 (RJ 1998\447). Calificación que algunos órganos jurisdiccionales han tratado de “resucitar” a raíz de la promulgación de la Ley 45/2002, sin que, por el momento, haya “cuajado” en la doctrina judicial ni en el Tribunal Supremo. *Vid.* al respecto, STSJ Cataluña 21 de febrero 2006 (AS 670). Una exposición de los supuestos de despido fraudulento, con cita de extensa bibliografía al respecto, en **BADIOLA SÁNCHEZ**, *op. cit.*, p. 212 y ss.; y **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, *op. cit.*, p. 77 a 86. Negando su vigencia tras la promulgación del TRET, **CAMAS RODAS**. *Algunas reflexiones sobre el despido disciplinario nulo en fraude de ley*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997, p. 445 y ss.; y **RÍOS SALMERÓN**. *Despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 323 a 325. Y, admitiendo, en cambio, la vigencia de la misma, **CASAS BAAMONDE**. *La nulidad del despido y sus efectos*. En “Reforma de la legislación laboral (Coord. de la Villa Gil)”. Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 445; y **CASAS BAAMONDE**. *Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 88 y 89; **MOLINA NAVARRETE**. *La recalificación judicial del despido en fraude de ley*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández), Aranzadi, 1997, p. 465 y ss.; **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 235; **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 278 y 279; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 123; y, recientemente, **TOSCANI GIMÉNEZ**. *La necesidad de reabrir el debate de la nulidad de los despidos arbitrarios o en fraude de ley*. RTSS – CEF n° 292, 2007, p. 56 y ss. Interpretación que, por otra parte, ha llevado a algunos autores a afirmar que la jurisprudencia ha contribuido a “descausalizar” el despido. **MOLERO MARAÑÓN**. *Salarios de tramitación y régimen de despido*, *op. cit.* (versión digital). Doctrina que, como se ha tratado de exponer, no puede compartirse en absoluto. Finalmente, un detallado y extenso análisis de la evolución histórica de la calificación de nulidad del despido en **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 107 y ss.

<sup>478</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 318; y **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>479</sup> Lo que no quiere decir que con anterioridad a 1999 no existiera una protección al respecto, sino que a partir de esta fecha el ordenamiento jurídico dispensa una protección más especializada y adecuada a la situación real de las trabajadoras embarazadas. **CARDONA RUBERT**. *Despido de trabajadora embarazada como manifestación de discriminación directa por razón de sexo*. ASoc n° 21, 2001, versión digital (BIB 2002\47). En este sentido, con anterioridad a la promulgación de la citada norma, el TC ya había estimado que “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”. Por todas, STC n° 17, 12 de febrero 2007 (RTC 17). El TC también calificó como un despido discriminatorio por razón de embarazo el ejercicio del desistimiento durante el período de prueba (STC n° 166, 26 de septiembre 1988, RTC 166); así como la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada (STC n° 173, 7 de junio 1994, RTC 173); y así como el despido disciplinario por entender que encubría un motivo discriminatorio por razón de embarazo (STC n° 136, 23 de julio 1996, RTC 136).

circunstancias protegidas en la ley – v. gr. embarazo, maternidad ... - y sin necesidad de buscar un ánimo o intención discriminatoria en el comportamiento empresarial”<sup>480</sup>.

Circunstancia que, ha llevado a la doctrina a distinguir entre la “nulidad subjetiva” (para los supuestos de despido lesivo de derechos fundamentales) y “nulidad objetiva” (para el resto de supuestos)<sup>481</sup>. Estos “nuevos” supuestos de nulidad, al amparo de las normas internacionales y comunitarias<sup>482</sup>, están vinculados a la necesidad de proteger la estabilidad en el empleo en determinadas circunstancias vinculadas a aspectos personales y familiares del trabajador (especialmente, la violencia de género, la conciliación de la vida familiar y laboral y la igualdad de mujeres y hombres)<sup>483</sup>.

En definitiva, la nulidad en el despido disciplinario ha quedado circunscrita a una concepción sustancial o material (descartándose definitivamente, para el despido, la tradicional nulidad por motivos de forma), realzándose la “dimensión constitucional y ‘publicista’ de la nulidad al conectarla causalmente con la violación de derechos fundamentales del

---

<sup>480</sup> **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 316.

<sup>481</sup> **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 316.

<sup>482</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta la Convención de Nueva York 18 de diciembre 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Convenio OIT n° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); el art. 8 Convenio OIT n° 156, sobre trabajadores con responsabilidad familiares; el art. 5.d) Convenio OIT n° 158, sobre terminación de la relación de trabajo; y el art. 4.1 Recomendación OIT n° 95, sobre protección de la maternidad. Asimismo, es fundamental el papel desempeñado por el Derecho comunitario: Directiva 75/117/CEE, relativa a la Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (refundidas en la Directiva 2006/54/CE, relativa a la Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación); Directiva 92/85/CEE, relativa a la Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la Directiva 96/34/CE, sobre Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Asimismo, es preciso apuntar el trascendental papel que ha jugado la jurisprudencia del TJCE. *Vid.* extensamente al respecto, **PURCALLA BONILLA**. *Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)*. ASoc n° 10, 2004, versión digital (BIB 2004\1522); y **GARRIGUES GIMÉNEZ**. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 25 y ss.

<sup>483</sup> Según lo previsto en los arts. 55.5 TRET y 108.2 TRLPL, el despido también se calificará como nulo en los supuestos “a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período; b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley; c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”.

trabajador”<sup>484</sup>. Por consiguiente, los derechos fundamentales operan, como no podía ser de otro modo, como límite a la facultad resolutoria empresarial<sup>485</sup>.

En cuanto a los supuestos de “nulidad subjetiva”, la doctrina distingue entre la nulidad por violación de derechos fundamentales y libertades públicas *inespecíficas*, englobando la nulidad por discriminación; y la nulidad por violación de derechos fundamentales y libertades públicas *específicamente* laborales (libertad sindical y derecho de huelga, art. 28.1 y 2 CE)<sup>486</sup>. Debiéndose tener en cuenta que la declaración de nulidad por violación de un derecho fundamental o libertades públicas tiene autonomía propia y separada de la discriminación<sup>487</sup>.

Como premisa de partida, es importante recordar que “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”<sup>488</sup>, ni tampoco “la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas”<sup>489</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que el ejercicio de tales derechos está condicionado por la existencia de “otros derechos fundamentales o constitucionales y que en el ámbito de la empresa, se sustancia en el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva con fundamento en el derecho a la libertad de empresa”<sup>490</sup>. A partir de aquí, lo principal está en determinar el *alcance* del ejercicio de tales derechos en el seno de la organización empresarial. Y, lo cierto es que si bien “la relación laboral ... tiene como efecto típico la sumisión de ciertos

---

<sup>484</sup> **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 244 y 311.

<sup>485</sup> **DEL REY GUANTER**. *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*. RL 1995 – I, p. 205.

<sup>486</sup> Terminología propuesta por **PALOMEQUE LÓPEZ**. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991. Seguida por la doctrina laboral, entre otros, **DEL REY GUANTER**. *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, *op. cit.*, p. 182 y ss.; **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Algunas notas sobre los derechos fundamentales en la empresa*. En “Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense. Cuestiones actuales de derecho del trabajo y seguridad social”. Madrid, 2002, p. 47; **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 315; y **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 287 y 288.

<sup>487</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>488</sup> STC nº 88, 19 de julio 1985 (RTC 88). O, como expone la STC nº 99, 11 de abril 1994 (RTC 99), “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”. En definitiva, “la ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo no puede traducirse en un atentado a la dignidad del trabajador (principio *pro dignitate laboratoris*)”. **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Algunas notas sobre los derechos fundamentales en la empresa*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>489</sup> STC nº 88, 19 de julio 1985 (RTC 88). Afirmación que no es más que una derivada de la eficacia o *Drittwirkung* de los derechos fundamentales entre particulares. *Vid.* al respecto, **DEL REY GUANTER**. *Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general*, *op. cit.*, p. 188 a 190; **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, *op. cit.*, p. 161 y ss.; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER**. *La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo*. En “El trabajo en la Constitución” (Dir. Rivero Lamas). II Coloquio sobre relaciones laborales. Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1982, p. 50 a 52.

<sup>490</sup> **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 325.



aspectos de la vida humana a los poderes empresariales y a los requerimientos de la organización productiva”, no debe colegirse que baste “la sola afirmación del interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador”<sup>491</sup>.

Por tanto, siguiendo a MARÍN ALONSO, puede afirmarse que el ejercicio de los derechos fundamentales debe insertarse no en el estricto contexto del contrato de trabajo, sino en el más amplio de la organización empresarial y sus exigencias por un lado, y del concreto derecho fundamental de que se trate, por otro<sup>492</sup>.

En cuanto a los derechos fundamentales (“específicos” e “inespecíficos”), debe entenderse que se sólo se refiere a los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I. Sin que, por tanto, quepa entender que se refiere al resto de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos extra muros de los reconocidos en la citada Sección Primera<sup>493</sup>.

En cuanto a la prohibición de discriminación<sup>494</sup> “las únicas diferencias de trato constitutivas de discriminación prohibida y que devienen ineficaces, son las que tienen su origen en alguno de los motivos expresamente consignados en la Constitución o en la Ley”<sup>495</sup>. Por otra parte, no debe interpretarse como si fuera un principio que exija una igualdad total, sino sólo si se incide en algunas de las “causas” previstas en la CE’78 o en la legislación ordinaria<sup>496</sup>. En este sentido el propio TC ha afirmado que “en contraste con el principio

---

<sup>491</sup> STC nº 6, 10 de enero 1995 (RTC 6).

<sup>492</sup> MARÍN ALONSO. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, op. cit., p. 328.

<sup>493</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 96; y MARÍN ALONSO. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, op. cit., p. 325. Un extenso análisis de los supuestos de despidos nulos por vulneración de los derechos fundamentales “inespecíficos” en, BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 300 y ss. Y de la nulidad por vulneración de los derechos “específicos” en, RIERA VAYREDA. *El despido nulo*, op. cit., p. 200 a 220.

<sup>494</sup> Un análisis de los elementos configuradores de la discriminación, en base a la exposición de RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ en, GARCÍA ÁLVAREZ. *La extinción discriminatoria*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 109.

<sup>495</sup> SAGARDOY BENGOCHEA. *El despido discriminatorio*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 609.

<sup>496</sup> En cuanto al art. 14 CE, se plantea el juego del principio general de igualdad, pues, también está previsto en el citado precepto. Como premisa de partida, debe admitirse la diferencia conceptual entre el principio de igualdad y el de discriminación, entendiéndose que éste es una especie del género igualdad. A pesar de que la igualdad no es un principio con relevancia constitucional en las relaciones entre particulares, tampoco puede considerarse absolutamente ajeno al ejercicio de la facultad resolutoria del empresario, pues, el TC ha integrado la igualdad como condición de ejercicio de otros derechos fundamentales, integrándola en la tutela específica de esos derechos. BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 256 y 257. En este sentido, si bien el TC ha estimado que no toda desigualdad constituye una discriminación, debe tenerse en cuenta que, si el empresario, ante situaciones análogas despide a unos trabajadores y no a otros, se establece una presunción de tratamiento discriminatorio que el empresario debe tratar de rebatir aportando argumentos que demuestren la razonabilidad de su decisión. Lo que convierte al principio de igualdad en un principio de interdicción de la arbitrariedad. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el art. 108.2 TRLPL establece que el despido nulo por discriminación comprende el despido inspirado en “causas de discriminación previstas (...) en la ley” – debiéndose entender, por ejemplo, las enumeradas en el art. 17 TRET. Defendiendo la validez de las causas de discriminación no prevista en la ley – no contrarias a ésta y asumidas por la jurisprudencia y la doctrina judicial, SENRA BIEDMA. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, op. cit., p. 278. Asimismo, a la hora de especificar el “juego” del art. 14 CE, la cuestión está en determinar si se refiere, en general, a los tratamientos desiguales, o bien queda circunscrita a las estrictas conductas discriminatorias por afectación a algunas de las circunstancias tasadas en el texto constitucional o en la legislación ordinaria (esto es, si cabe apreciar la nulidad respecto de los tratos desiguales que no estén

genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato<sup>497</sup>. Asimismo, es importante recordar que los arts. 4.2.c) y 17.1 TRET (en virtud de la redacción dada por la Ley 62/2003) delimitan la igualdad de trato proscribiendo toda discriminación, directa o indirecta<sup>498</sup>. Y el art. 4.2.e) TRET reconoce el derecho del trabajador “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

La incorporación de los supuestos de “nulidad objetiva” supone un punto de inflexión en la evolución de la regulación jurídica del despido nulo, pues, como se sabe, su ámbito de operatividad se había ido circunscribiendo progresivamente<sup>499</sup>. Proceso que tiene su origen en la Ley 39/1999 y que ha proseguido con la promulgación de la LOVG y la LOI.

---

previstos ni en el art. 14 CE ni en el art. 17 TRET). Debiéndose entender que, en principio, sólo se admiten los expresamente previstos en la citada norma, sin que deba interpretarse una intención tipificadora cerrada, pues, el propio precepto se refiere “otras condición o circunstancia personal o social” (STC nº 75, 3 de agosto 1983, RTC 75). En la doctrina *vid.* al respecto, entre otros, **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, *op. cit.*, p. 72 a 75; **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 317 a 319; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 86 a 91 y 96; **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido discriminatorio*, *op. cit.*, p. 601 y ss.; y, recientemente, **BADIOLA SÁNCHEZ**, *op. cit.*, p. 250 y ss.

Es importante tener presente pese a que el embarazo no está incluido ni en el art. 14 CE ni en el 17 TRET, el TC ha señalado que “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”. STC nº 173, 7 de junio 1994 (RTC 173). Un análisis al respecto desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia*. REDT nº 97, 1999, p. 739 y ss.; **CARDONA RUBERT**. *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, *op. cit.*, p. 80 y ss.; y **FABREGAT MONFORT**. *¿Obligación de comunicar el embarazo?*, *op. cit.* (versión digital); y desde la perspectiva del TC, **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**. *Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero*. RL 2005 – I, p. 688 y ss. Y, en términos generales, **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 335 y ss. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la violencia de género también debe calificarse como una forma de discriminación.  *Vid.* al respecto, **QUINTANILLA NAVARRO**. *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, *op. cit.*, p. 21 y ss. Un análisis del tratamiento jurídico y jurisprudencial de las lesiones a la orientación sexual, así como a la edad, la discapacidad, el origen racial o étnico y la religión o convicciones en, **GARCÍA ÁLVAREZ**. *La extinción discriminatoria*, *op. cit.*, p. 116 a 122; **RIVAS VAÑÓ** y **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa*. TL nº 52, 1999, p. 4 y ss.; y **DE VAL ARNAL** y **MUÑOZ MARTÍNEZ**. *La defensa y argumentación razonable de la extinción del contrato de trabajo de un transexual: entre la discriminación por razón de sexo o el error en la persona*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 187 y ss.

<sup>497</sup> STC nº 229, 14 de diciembre 1992 (RTC 229).

<sup>498</sup> Conceptos que, como es sabido, vienen definidos en el art. 28 Ley 62/2003.

<sup>499</sup> Como se sabe, la promulgación de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 supuso la eliminación de la distinción entre el despido nulo (“simple”) y el “radicalmente nulo” (una crítica al empleo de estos términos, **CRUZ VILLALÓN**. *Régimen jurídico del despido nulo*, *op. cit.*, p. 55; y un análisis al respecto en, **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 227 y ss.; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 83 y ss.). Posteriormente, con la Promulgación del TRET se suprimen los supuestos de nulidad del despido disciplinario por incumplimiento de los requisitos de forma, por incumplimiento del trámite de audiencia de los delegados sindicales previsto para los trabajadores afiliados, por incumplimiento del expediente contradictorio previsto para los representantes de los trabajadores y los despidos de un trabajador con la relación de trabajo en suspenso para el caso de que no se declare su procedencia.

De los diversos supuestos a los que hacen referencia los arts. 55.5 TRET y 108.2 TRLPL, se plantean diversas cuestiones que merecen ser destacadas bien por su relevancia o bien por suscitar cierta controversia. Una de las circunstancias destacables, y que opera como premisa de partida, es que para que la garantía de inmunidad sea efectiva es preciso que el trabajador solicite el ejercicio de los derechos que le reconoce la ley o que ya lo esté haciendo, sin que pueda predicarse respecto de los que optan por compatibilizar su situación y el trabajo sin activar ninguno de ellos<sup>500</sup>. Así, por ejemplo, el mero hecho de que la trabajadora se encuentre dentro del período de lactancia no determina que esté amparada por lo previsto en el art. 55.5 TRET, sino que es preciso que haya solicitado el permiso o la correspondiente reducción de jornada<sup>501</sup>. Del mismo modo, la protección legal que se dispensa a las mujeres víctimas de violencia de género<sup>502</sup> está condicionada al hecho de que haya puesto en juego alguna de las figuras modificativas contempladas por la Ley (“derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral”)<sup>503</sup>. El objetivo es evitar que sea represaliada por el ejercicio de tales derechos.

Una las novedades destacables de la LOI es la relativa a la extensión de la protección por despido, por un lado, a las situaciones riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, y a la suspensión por paternidad; y, por otro, a las situaciones en las que el despido se produce durante los nueve meses posteriores al nacimiento, adopción o acogimiento y una vez finalizada la suspensión de la relación de trabajo por maternidad, acogimiento o paternidad. Modificación, esta última, que supone una

---

<sup>500</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital).

<sup>501</sup> STSJ Cataluña 8 de julio 2003 (AS 3005), cit. **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). En contra, la STSJ Cantabria 22 de febrero 2006 (AS 371). Y en la doctrina defendiendo esta postura, **FITA ORTEGA**. *El despido de la trabajadora que, tras la maternidad, se encuentra disfrutando de sus vacaciones anuales retribuidas*. ASoc nº 3, 2006, versión digital (BIB 2006\534).

<sup>502</sup> Vid. al respecto, *Epígrafe I.1 del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte)*.

<sup>503</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, op. cit. (versión digital). Un sector de la doctrina ha criticado que la norma se refiera a un listado cerrado, pues, hubiera sido más adecuado que se hubiera previsto los posibles derechos reconocidos a través de la negociación colectiva. **QUINTANILLA NAVARRO**. *Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, op. cit., p. 48. De todos modos, a nuestro entender, cabría entender que se trata de una norma de derechos necesario relativo mínimo. Por otra parte, para un sector de la doctrina, el despido de una trabajadora motivado por el incumplimiento del horario o de diligencia de la trabajadora debe calificarse como nulo, a pesar de estar basado en una práctica empresarial aparentemente neutra de sancionar por un incumplimiento verdaderamente producido. **VELASCO PORTERO**. *El despido de la trabajadora víctima de violencia de género*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 230. Autora que critica que la norma circunscriba la calificación de nulidad al hecho de que la trabajadora ejercite los derechos que le asisten y no se prevea un período de protección, pues, la protección no se extiende a las mujeres que han sido calificadas como víctimas de violencia de género no han optado por ejercer los derechos que le reconoce la ley (p. 233).

Asimismo, a pesar de la literalidad de la norma, debe entenderse que la protección se dispensa en el caso de que la trabajadora haya hecho uso de alguno de los derechos que le reconoce la Ley, así como si lo ha solicitado. En términos similares, **GALA DURÁN**. *Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas*, op. cit., p. 494.

considerable extensión del límite temporal de la protección, pues, no cabe duda que “el período inmediatamente posterior al disfrute del permiso de maternidad constituye el momento crítico para la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora”<sup>504</sup>. Aunque, no obstante, esta novedad tenía algún precedente en la doctrina judicial, sobre la base de que una interpretación literal de la legislación anterior podía dar pie a actitudes de represalia del empresario<sup>505</sup>.

También debe destacarse la extensión de la declaración de nulidad a los supuestos de extinción del contrato *ex art. 52 TRET* de las mujeres víctima de violencia de género, que hayan solicitado el ejercicio los derechos reconocidos en la ley y que los estén ejerciendo y se declare judicialmente la insuficiencia de la causa alegada por el empresario (art. 53.4.b TRET)<sup>506</sup>.

En cuanto a los aspectos controvertidos, se discute si debe calificarse como nulo el despido de una trabajadora embarazada en el caso de que el empresario no haya probado suficientemente la causa alegada pero desconocía la situación de embarazo de la trabajadora. La cuestión reside en determinar cómo debe interpretarse el “silencio” de la legislación nacional respecto del contenido del art. 2 Directiva 92/85/CEE que exige la comunicación al empresario<sup>507</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha contribuido en exceso a clarificar la cuestión. Pues, para la STC nº 41, 25 de febrero 2002<sup>508</sup>, la ausencia de comunicación de la trabajadora de su situación y el desconocimiento de la empresa de esta circunstancia hace que deba descartarse la existencia de una discriminación de un despido objetivo<sup>509</sup>. Más tarde, la STC nº 17, 30 de enero 2003<sup>510</sup>, afirma que “recientemente nuestra

---

<sup>504</sup> **NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS** y **GARRIGUES GIMÉNEZ**. *El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad*. AL nº 2, 2007, p. 167. De algún modo esta norma viene a neutralizar lo previsto en el art. 55.5.a) TRET cuando se afirma que “será nulo el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período” y se interpreta a *sensu contrario*, que no recibirá tal calificación, el notificado durante este período y el plazo de preaviso finalice transcurrido el mismo. Una exposición de los problemas interpretativos que suscitaba la regla transcrita antes de la reforma de 2007 en, **CARDONA RUBERT**. *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, *op. cit.*, p. 94 a 96.

<sup>505</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 24 de julio 2000 (AS 2000\4314). Un comentario a este pronunciamiento en, **MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE**. *Sobre la calificación del despido efectuado tras el disfrute del descanso por maternidad*. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 24 de julio 2000*. ASoc nº 21, 2000, versión digital (BIB 2001\321). Criticando el silencio de la norma al respecto, **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 309 y 310.

<sup>506</sup> Modificación reclamada por la doctrina desde la promulgación de la LO 1/2004. En este sentido, **LOUSADA AROCHENA**. *Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja*, *op. cit.*, p. 753; **BLASCO PELLICER**. *Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género*, *op. cit.* (versión digital), p. 10; **FERRADANS CARAMÉS**. *Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 117; y **VELASCO PORTERO**. *El despido de la trabajadora víctima de violencia de género*, *op. cit.*, p. 235.

<sup>507</sup> Un análisis del tratamiento jurídico en la normativa internacional y en el Derecho comunitario, **COLÁS NEILA**. *La calificación de nulidad del despido de la mujer embarazada*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 202 a 208.

<sup>508</sup> RTC 41.

<sup>509</sup> La doctrina ha criticado el planteamiento seguido por el TC en este pronunciamiento por entender que se acoge a una interpretación sesgada del art. 4.1 de la Recomendación OIT nº 95. **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**. *Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero*, *op. cit.*, p. 683 y 684.

normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ha incorporado esas disposiciones [las relativas al Derecho comunitario], sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario”. Sin embargo, debe relativizarse la importancia de estos pronunciamientos, pues, no son aplicables las normas introducidas por la reforma de 1999<sup>511</sup>.

Por otra parte, para la STS 19 de julio 2006<sup>512</sup> el móvil discriminatorio sólo se presume si se prueba que el empresario tiene conocimiento de la situación de la trabajadora. En caso contrario, la insuficiencia de la causa alegada por el empresario no debe acarrear la calificación de nulidad del despido. De modo que a la trabajadora le corresponde acreditar que estaba embarazada en el momento del despido y, además, que el empresario tenía conocimiento de ello (obligándola a dar a conocer un dato personal e íntimo)<sup>513</sup>.

También cabe plantearse qué calificación debe recibir un despido que cronológicamente coincide con alguna de las situaciones de nulidad objetiva, pero que en el momento del juicio y posterior sentencia, el trabajador se ha reincorporado a su puesto de

---

<sup>510</sup> RTC 17.

<sup>511</sup> En términos similares, **COLÁS NEILA**. *La calificación de nulidad del despido de la mujer embarazada*, *op. cit.*, p. 210; y **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**. *Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero*, *op. cit.*, p. 680. De todos modos, como afirman los últimos autores citados, estos pronunciamientos evidencian “una muestra de desconcierto y desencuentro de los órganos judiciales”.

<sup>512</sup> RJ 6653. Con anterioridad, la STS 26 de febrero 2004 (RJ 1013), pese a que se interponía un recurso de casación frente a la STSJ Madrid 28 de enero 2001 (AS 1515), que declaraba que era preciso que el empresario tuviera conocimiento de la situación de la trabajadora, el TS no se pronuncia al respecto.

<sup>513</sup> Un análisis crítico a este pronunciamiento. **CENDÓN TORRES**. *El despido de la trabajadora por empleador que ignora el estado de gravidez*, RDS n° 36, 2007, versión digital (TOL 1074370); y **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la sentencia de 19 de julio de 2006 del Pleno de la Sala IV Tribunal Supremo*. ASoc n° 13, 2006, versión digital (BIB 2006\1359); y *Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)*. ASoc n° 5, 2007, versión digital (BIB 2007\813). Autor que echa en falta que la LOI no haya optado por intervenir en el debate abierto por el citado pronunciamiento del Alto Tribunal.

Para **FABREGAT MONFORT** “Si dejamos al margen las razones preventivas en los términos expuestos, desde el punto de vista jurídico laboral el hecho de que la trabajadora se encuentre o no embarazada debe ser irrelevante, y sus efectos en la relación empresario-trabajadora neutrales”. **FABREGAT MONFORT**. *¿Obligación de comunicar el embarazo?*, *op. cit.* (versión digital), p. 6. Para **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**, el “bien jurídico a proteger no es el estado de gestación en sí mismo como presupuesto necesario a la procreación, sino la situación de la mujer como gestante tanto desde el prisma de la seguridad y salud, como desde el de su situación en el mercado de trabajo”. **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**. *Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero*, *op. cit.*, p. 684. Lo cierto es que, como ha destacado la doctrina, a pesar de que existen ciertas situaciones en las que la trabajadora debe comunicar su situación, pueden existir espacios cronológicos en el embarazo durante los que, pese a conocerse esa situación por la trabajadora, no haya que comunicarla al empresario. **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 106. En la doctrina, defendiendo que la norma comunitaria no es más que un mínimo mejorable y que la legislación laboral prevé un tratamiento más beneficioso, **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 338; **CARDONA RUBERT**. *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, *op. cit.*, p. 26 y 27; **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 294; **COLÁS NEILA**. *La calificación de nulidad del despido de la mujer embarazada*, *op. cit.*, p. 210 a 213; **ALBIOL MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, *op. cit.*, p. 219; **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 360; **FABREGAT MONFORT**, *op. cit.* (versión digital), p. 12; y **SENRA BIEDMA** y **SÁNCHEZ TORRES**, *op. cit.*, p. 687 y 688. En cambio, entendiendo que “no puede predicarse suerte alguna de ‘responsabilidad objetiva’ al respecto, sino que, tal y como ha establecido el TC [SSTC n° 41/2002 y 17/2003], para que exista ánimo discriminatorio es necesario que el empresario tenga conocimiento, por cualquier medio, del estado de gestación de la trabajadora”. **GARRIGUES GIMÉNEZ**. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 163.

trabajo o las condiciones contractuales vuelven a ser las mismas que las existentes con anterioridad a la concurrencia de dichas situaciones. La STS 25 de abril 1988<sup>514</sup> (en un supuesto de despido de un contrato de trabajo en suspenso por “ILT”) declara que para que pueda declararse la nulidad, la situación suspensiva debe extenderse hasta el momento de la calificación jurisdiccional<sup>515</sup>. Conforme a la redacción a la legislación actual, cabe entender la calificación de nulidad debe predicarse en todos aquellos casos en los que el despido, esto es, la decisión extintiva del empresario, coincide en el tiempo con alguna de las situaciones protegidas. Por tanto, con independencia de cuál sea la situación en el momento de la calificación jurisdiccional<sup>516</sup>.

Desde la perspectiva procesal, uno de los aspectos más relevantes de la calificación de nulidad del despido es que la alegación del carácter discriminatorio invierte la carga de la prueba sobre su carácter y motivación (arts. 96 y 179.2 TRLPL), de modo que el empresario está obligado a probar la efectiva concurrencia de la causa alegada (aunque pueda ser contrario a la Ley y, por tanto, ilícito<sup>517</sup>). No obstante, “ius strictum” no se produce una “inversión”, sino más bien una “corrección o desviación de la carga de la prueba, pues, se exige que el trabajador pruebe con carácter previo la existencia de un “indicio”<sup>518</sup> de discriminación o vulneración de los derechos y libertades fundamentales<sup>519</sup>. Aunque parece que este instrumento aspira a

---

<sup>514</sup> RJ 3014.

<sup>515</sup> Criterio seguido por la STSJ Cataluña 11 de julio 1995 (AS 3081).

<sup>516</sup> En términos similares, **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 101 y 102.

<sup>517</sup> **FOLGUERA CRESPO**. *Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>518</sup> Término sobre el que la doctrina discute, pues, frente a una concepción estricta en términos procesales, entendida como “prueba de presunciones”, otros autores defienden la necesidad de probar simplemente “uno o varios hechos indiciarios”. *Vid.* al respecto, **LOUSADA AROCHENA**. *La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales*. RDS n° 30, 2005, p. 41 y ss.

<sup>519</sup> **MONEREO PÉREZ**. *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, p. 11 a 17; y *Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales*. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997, p. 152 y 153. En concreto, la prueba indiciaria según la doctrina de TC se articula en un doble plano. El trabajador debe aportar “un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse”. Teniendo en cuenta que “El indicio, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse”. Una vez “cumplido este primer e inexcusable deber” al empresario le incumbe “acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate”, es decir, “que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada”. En este sentido, es importante advertir que al empresario “No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación”, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de la discriminación”. SSTC n° 17, 12 de febrero 2007 (RTC 17); n° 342, 11 de diciembre 2006 (RTC 342); y n° 30, 11 de febrero 2002 (RTC 30). En otro caso, siguiendo a **SEMPERE NAVARRO**, “la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador”. En este sentido, “son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella

proteger a la parte más débil de la relación de trabajo, en realidad responde a razones exclusivamente utilitaristas (ajenas a estas consideraciones), pues, la inversión de la carga de la prueba constituye en algunos supuestos el único medio para alcanzar una verdad procesal aceptable<sup>520</sup>.

No obstante, en los supuestos de “nulidad objetiva” se establece una regla particular que gira alrededor de un juego de presunciones: si el empresario es incapaz de demostrar la procedencia de su decisión, no cabe la calificación de improcedencia, debiéndose entender que es nula. En este sentido, en principio, la acreditación de que el despido coincide cronológicamente con la situación legalmente protegida es suficiente para hacer recaer sobre el empresario la necesidad de probar la concurrencia de un motivo que justifique la resolución del contrato, so pena de calificarse como nulo (con independencia por tanto de si es discriminatorio o no) y, consiguientemente, exonerando al trabajador de la prueba de indicios<sup>521</sup>.

---

conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del ‘onus probando’ al demandado”. **SEMPERE NAVARRO**. *Despido de trabajadora embarazada. Vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE*. AJA nº 567, 2003, versión digital (BIB 2003\71). *Vid.* al respecto también, **LOUSADA AROCHENA**. *La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 35 y ss.; **MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 352 y ss.; **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 96 a 110; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Causas del despido nulo*. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992, p. 557 a 564; y **SENRA BIEDMA y SÁNCHEZ TORRES**. *Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero*, *op. cit.*, p. 695 y ss.

La doctrina de la inversión de la carga de la prueba ha sido asumida por la jurisprudencia (por todas, SSTS 24 de junio 1996, RJ 9088; y 2 de diciembre 2005, RJ 2006\515) y la doctrina judicial (por todas, STSJ Cantabria 18 de diciembre 2006, AS 2007\469)

<sup>520</sup> **SEGALÉS FIDALGO y ZAPIRAN BILBAO**. *Discrecionalidad empresarial y encubrimiento de decisiones anticonstitucionales. Consideraciones acerca de la prueba de indicios*. ASoc nº 17, 2003, versión digital (BIB 2003\1496). Un análisis de la repercusión del art. 13, la D. Ad. 5 y la D. Final 4ª LOI a las normas procesales laborales sobre la inversión de la carga de la prueba en, **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>521</sup> **MELLA MÉNDEZ**. *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, *op. cit.* (versión digital); **SEMPERE NAVARRO**. *La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales*, *op. cit.* (versión digital); **GORELLI HERNÁNDEZ**. *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, *op. cit.*, p. 791; **PÉREZ DEL RÍO**. *La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate*, *op. cit.*, p. 63; **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, *op. cit.*, p. 220; **ALBIOL MONTESINOS**. *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, *op. cit.*, p. 106 y 107; **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA**. *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999)*, *op. cit.* (versión digital); y *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *op. cit.*, p. 295; **MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE**. *Sobre la calificación del despido efectuado tras el disfrute del descanso por maternidad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 24 de julio 2000*, *op. cit.* (versión digital); **MARÍN ALONSO**. *Despido nulo (I): supuestos y efectos*, *op. cit.*, p. 339; **GARRIGUES GIMÉNEZ**. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 162; **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 275; y **CARDONA RUBERT**. *Despido de trabajadora embarazada como manifestación de discriminación directa por razón de sexo*, *op. cit.* (versión digital). En contra, entendiendo que es preciso aportar indicios sobre el carácter discriminatorio del despido. **PURCALLA BONILLA**. *Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)*, *op. cit.* (versión digital).

Sin embargo, parece que el TC ha endurecido este planteamiento, pues, en la STC nº 342, 11 de diciembre 2006<sup>522</sup>, se declara que “para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato”. Por tanto, siguiendo el criterio de las SSTC nº 17, 30 de enero 2003<sup>523</sup> y nº 41, 25 de febrero 2002<sup>524</sup>, se afirma que “al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”. Así pues, “el mero dato del conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la recurrente y el posterior despido, no puede constituir, por sí solo (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo”.

Es importante advertir que para que el órgano judicial declare la procedencia del despido es preciso que llegue a la convicción que la resolución nada ha tenido que ver con el disfrute de cualquiera de los derechos que tiene reconocidos el trabajador y que recogen los arts. 55.5 TRET y 108.2 TRLPL<sup>525</sup>. En este sentido el TC viene exigiendo que la decisión empresarial responda a las exigencias de objetividad, racionalidad y proporcionalidad<sup>526</sup>. Debiéndose exigir, por tanto, siguiendo a GARCÍA ÁLVAREZ, un “especial esfuerzo para eliminar toda sospecha de finalidad discriminatoria en el despido, endureciéndose así aún más la posición probatoria del empresario en la tradicional prueba de indicios”<sup>527</sup>.

La sentencia que declare el despido nulo, comportará el cese inmediato del comportamiento empresarial lesivo, la ineficacia de la decisión extintiva con efectos *ex tunc*, con la consiguiente restitución al trabajador a su puesto de trabajo y al abono de los salarios de tramitación, como si el despido no se hubiere producido; así como el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados (y la posibilidad de sancionar al empresario administrativamente, *ex art. 8.12 LISOS*)<sup>528</sup>.

---

<sup>522</sup> RTC 342.

<sup>523</sup> RTC 17.

<sup>524</sup> RTC 41.

<sup>525</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I a III)*. RL 1999 – II, p. 48.

<sup>526</sup> *Vid.* al respecto, **LOUSADA AROCHENA**. *La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales, op. cit.*, p. 50 y ss.

<sup>527</sup> **GARCÍA ÁLVAREZ**. *La extinción discriminatoria, op. cit.*, p. 114.

<sup>528</sup> STS 12 de junio 2001 (RJ 5931). *Vid.* al respecto *supra*. No obstante, para un sector de la doctrina, en los supuestos de “nulidad objetiva” no cabe reclamar una indemnización de daños y perjuicios ni tampoco es posible sancionar al empresario administrativamente, salvo que se acredite que efectivamente concurre un móvil



Es importante reiterar que, desde una perspectiva sustantiva, hasta este estadio la calificación de nulidad no difiere de la de improcedencia. Es en la dimensión procesal donde se identifican las especificidades, pues, en la improcedencia se admite la posibilidad de cumplir por equivalente. La doctrina laboral ha destacado que la nulidad de la decisión extintiva es una derivación del propio texto constitucional (“se produce por imperativo del propio mandato constitucional”), de forma tal que no se encuentra sujeta a la interpretación o a los cambios de voluntad del Legislador ordinario. De tal modo que lo previsto en el art. 55.5 TRET y en el art. 108.2 TRLPL tiene efectos puramente declarativos (pues, el margen de que dispone el Legislador al respecto es nulo)<sup>529</sup>.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la ineficacia *ex tunc* de la decisión empresarial no es un efecto exclusivo de la nulidad del despido, sino que también puede predicarse de los supuestos de improcedencia. La cuestión, entonces, radica en averiguar si efectivamente el cumplimiento específico de la readmisión (así como la ejecución en sus propios términos) es una consecuencia intrínseca a la protección del derecho fundamental o bien se trata de una circunstancia que responde a motivaciones de política legislativa. En otras palabras, la cuestión está en determinar si la readmisión es la única forma de reparar la lesión del derecho fundamental o bien debe admitirse otras medidas reparatorias.

El TC parece tener claro que el cumplimiento de la obligación *in natura* deriva del propio texto constitucional, pues, comporta – en términos de PURCALLA BONILLA<sup>530</sup> - un “plus de censura jurídica”<sup>531</sup>. De tal modo que de no procederse a la readmisión, el bien jurídico protegido y lesionado no ha sido adecuadamente amparado, pues, de no procederse de este modo, el “agresor” acabaría saliéndose con su inconstitucional pretensión. Sin negar la fortaleza de este argumento, cabe realizar algunas consideraciones (especialmente por su aplicación generalizada sin admitir particularizaciones). En primer lugar, el TC, en vez de declarar la inconstitucionalidad del TRLPL’80 al respecto, se “limitó” a reinterpretar su contenido, a través de lo que la doctrina ha calificado como un “auténtico juego dialéctico”<sup>532</sup>. Probablemente si la readmisión en sus propios términos hubiera sido un efecto intrínsecamente unido a la lesión de un derecho fundamental, el TC no habría tenido más remedio que declarar su inconstitucionalidad. En segundo lugar, es discutible que la lesión de un derecho fundamental “inexorablemente” deba traducirse en la readmisión obligatoria, si se tiene en

---

discriminatorio. **FITA ORTEGA**. *El despido de la trabajadora que, tras la maternidad, se encuentra disfrutando de sus vacaciones anuales retribuidas*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>529</sup> **CASAS BAAMONDE**. *Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 83 y 84; y **BLANCO MARTÍN**. *La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral*, *op. cit.*, p. 451 y 452. Recogiendo este planteamiento, **GARCÍA ÁLVAREZ**. *La extinción discriminatoria*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>530</sup> **PURCALLA BONILLA**. *Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>531</sup> Así lo corrobora la STC n° 38, 23 de noviembre 1981 (RTC 38).

<sup>532</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 229.

cuenta que la indemnización “hace las veces” de la readmisión y que el propio TC ha admitido la validez del cumplimiento de la prestación por equivalente desde un punto de vista constitucional<sup>533</sup>. En tercer lugar, cabe pensar que en ocasiones la solución (la readmisión forzosa, incluso, en contra de la voluntad del ofendido) no tiene porqué ser la solución más idónea, incluso en aras a satisfacer adecuadamente la protección del derecho fundamental. Pudiéndose generar situaciones en las que la solución acabe agravando la lesión inicial (dando pie a situaciones insostenibles y “empujando” al trabajador a buscar una solución extrajudicial que le permita salir “indemnizadamente” de la empresa – pero al margen de todo control judicial, con el riesgo que ello comporta). Pudiéndose discutir que la justificación a esta reacción sea que la ofensa excede del plano estrictamente individual y que lo se está protegiendo es un interés social en su conjunto (orden público) y la “legalidad constitucional” (el “supremo derecho a la igualdad”); pues, a fin de cuentas, quien está padeciendo la lesión es el trabajador individualmente considerado. Por otra parte, el propio ordenamiento jurídico ya prevé medidas sancionadoras (administrativas), dirigidas, en principio, a proteger el interés colectivo. En cuarto lugar, derivado de lo anterior, la doctrina judicial que posibilita la resolución del contrato *ex art. 50 TRET*, en los supuestos en los que se observa que la readmisión se está dilatando tanto en el tiempo que permite presumir que no se va a proceder nunca, debería recibir el calificativo de inconstitucional. Y, finalmente, a pesar de las dificultades para monetizar este tipo de lesiones, no debe olvidarse el efecto disuasivo que tendría sobre el agresor el hecho de que los órganos jurisdiccionales le obligaran a abonar “generosas” indemnizaciones por daños y perjuicios (probablemente, mucho más intenso que la “mera” readmisión del trabajador). Por todo ello, parece que lo más adecuado sería que fuera el propio trabajador el que pudiera elegir si prefiere continuar o no en su puesto de trabajo.

Por otra parte, tal y como se ha apuntado, el trabajador está facultado para reclamar una indemnización de daños y perjuicios. Posibilidad jurídicamente coherente y jurisprudencial, primero, y normativamente, después, admitida. Indemnización que, no se olvide, podrá reclamarse incluso en el supuesto de que la readmisión no sea posible (*ex art. 284 TRLPL*).

### ***c.2.- La ejecución del despido nulo.***

---

<sup>533</sup> STC nº 58, 29 de junio 1983 (RTC 58). *Vid.* en la doctrina al respecto, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 181 y ss.

La ejecución del despido calificado como nulo está regulada en los arts. 280 a 284 TRLPL<sup>534</sup>. Según lo previsto en estas normas, la readmisión debe ejecutarse “en sus propios términos”, esto es, debe procederse a la inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir. Sin posibilidad de que el trabajador pueda solicitar al órgano judicial el cumplimiento por equivalente<sup>535</sup>. El objetivo de este procedimiento de ejecución (farragoso, largo y complicado) es presionar al empresario a readmitir nuevamente mediante “estímulos psicológicos”<sup>536</sup>. Este trámite puede descomponerse en tres fases diferenciadas<sup>537</sup>.

En primer lugar, solicitada la readmisión por el trabajador<sup>538</sup> (en el plazo desde la firmeza de la sentencia de veinte días o de tres meses<sup>539</sup>), el Magistrado debe requerir al empresario para que lo readmita en su puesto de trabajo en un plazo de tres días – hábiles<sup>540</sup> - (sin perjuicio de la posibilidad, a instancia del trabajador, de imponer alguna de las medidas descritas en el art. 282 TRLPL – art. 280.2 TRLPL<sup>541</sup>).

Si la readmisión no se efectúa o bien es irregular, el trabajador en un plazo de veinte días a contar desde el tercero en el que se debió efectuar la readmisión<sup>542</sup>, puede acudir (de nuevo<sup>543</sup>) al Juzgado de lo Social a solicitar la ejecución de la sentencia (segundo trámite). En tal

---

<sup>534</sup> Procedimiento que, como se ha expuesto, también es aplicable a los supuestos en los que es el trabajador el que ostenta el denominado derecho de opción (bien por ser aforado, bien porque se lo haya reconocido el convenio colectivo o pacto individual).

Para ANDINO AXPE, también es aplicable para los supuestos de declaración de nulidad de la medida empresarial que modifica sustancialmente las condiciones de trabajo. **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 279. Para RÍOS SALMERÓN, cabe acudir a la ejecución en sus propios términos en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de traslado declaradas nulas por incurrir en fraude de ley. **RÍOS SALMERÓN**. *Despido disciplinario*, op. cit., p. 336 a 339. Y no, en cambio, para los supuestos de readmisión acordada en conciliación judicial o extrajudicial.

<sup>535</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, op. cit., p. 119. Aunque como indica la propia autora, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que por mutuo acuerdo de las partes se opte por el cumplimiento del *id quod interest*, aunque la validez de este pacto puede quedar desvirtuada por lo previsto en el art. 244 TRLPL (p. 120).

<sup>536</sup> **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 279 y 280.

<sup>537</sup> En este sentido, se sigue la exposición que propone **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 412 y ss.

<sup>538</sup> Con carácter previo, a diferencia de la ejecución por equivalente, para la ejecución en sus propios términos, la norma no especifica si el empresario tiene un plazo para el cumplimiento (extrajudicial) de la obligación específica o no. Para un sector de la doctrina, el empresario no tiene, a diferencia de lo previsto en el art. 276 TRLPL, un plazo para efectuar la readmisión, porque es obligatoria *per se*. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 556; y **MONTROYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 896 y 897.

<sup>539</sup> Solución que se obtiene de la interpretación conjunta de los arts. 241 y 277.2 TRLPL. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 557. En cambio, otros autores abogan por la aplicación del art. 277 TRLPL. **MONTROYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 897; **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, op. cit., p. 280 y 281; y **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 414 y 415.

<sup>540</sup> **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 206.

<sup>541</sup> Una opinión crítica a esta posibilidad en, **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, op. cit., p. 416; y **MONTROYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 898.

<sup>542</sup> La doctrina ha criticado que se prevea el mismo plazo para los supuestos de readmisión irregular y de no readmisión, pues, se trata de situaciones diferenciadas, cuyo conocimiento por parte del trabajador en ocasiones no puede producirse del mismo modo. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 559.

<sup>543</sup> Extremo criticado por la doctrina. **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 559 y 560.

caso, las partes son citadas en un plazo de cuatro días, con el fin de alegar y probar lo que estimen conveniente conforme a derecho si se ha producido o no la readmisión, o bien, si se ha efectuado en condiciones distintas a las disfrutadas con anterioridad al despido<sup>544</sup>. Practicado este trámite, el Juez debe declarar si la readmisión se efectuó o no conforme a derecho, requiriendo en su caso al empresario para que readmita al trabajador en su puesto de trabajo en un plazo de cinco días<sup>545</sup>.

Para el caso de que el empresario persista en su negativa a readmitir al trabajador (y tras una tercera queja de éste – tercer trámite), el órgano judicial puede adoptar algunas medidas a fin de compelerle al cumplimiento específico de la obligación o, por lo menos, a posibilitar – en la medida de lo posible - que en la práctica se produzcan los mismos efectos como si se hubiera producido (art. 282 TRLPL); o, en otras palabras, se tratarán de proteger los derechos del trabajador hasta donde sea posible<sup>546</sup>. No obstante, conviene tener presente que al tratarse de una obligación personalísima, no va a ser posible sustituir la voluntad del empresario sino que lo que se aspira es a doblegarla, forzándole a su cumplimiento. En concreto, tales medidas son: en primer lugar, que el trabajador siga percibiendo el salario en las mismas circunstancias que si estuviera efectivamente readmitido<sup>547</sup>. En segundo lugar, que permanezca en alta y cotizando a la Seguridad Social. Y, finalmente, si se trata de un representante de los trabajadores (unitario o sindical) que continúe desarrollando las funciones que le son propias. Todas estas previsiones no son más que la consecuencia lógica de entender que el contrato sigue vigente sin solución de continuidad, de tal modo que, en tanto que la relación laboral subsiste, el trabajador debe continuar percibiendo la remuneración debida, *ex* art. 30 TRET<sup>548</sup>.

---

<sup>544</sup> En este caso, se produce una remisión a los arts. 278 y 279.1 TRLPL.

<sup>545</sup> Circunstancia criticada por la doctrina en tanto que no se incorpora medida ejecutoria alguna, sino que se construye a producir un nuevo o segundo requerimiento al empresario, para que normalice la relación en un plazo de cinco días (art. 281.2 TRLPL). Extremo ciertamente incomprensible si se tiene en cuenta que en el primer trámite el juez está facultado para imponer tales medidas ejecutorias y en este segundo, a pesar de la constatación del incumplimiento empresarial de la obligación específica, no se posibilita. **RÍOS SALMERÓN**. *La ejecución de sentencias firmes en despido*, *op. cit.*, p. 413, 418 y 419.

<sup>546</sup> **ALBIOL MONTESINOS, ALFONSO MELLADO, BLASCO PELLICER y GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, *op. cit.*, p. 560. En este sentido, la doctrina ha criticado que estas medidas no pueden calificarse como “suficientes”, pues, además del salario, el alta y la cotización, la relación de trabajo tiene un contenido más amplio. **RÍOS SALMERÓN**. *Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>547</sup> En concreto, “con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de Convenio Colectivo o mediante norma estatal se produzcan hasta la fecha de la readmisión en la debida forma. A tal fin, el Juez despachará ejecución, en tantas ocasiones como fuese necesario, por una cantidad equivalente a seis meses de salario, haciéndose efectivas al trabajador con cargo a la misma las retribuciones que fueran venciendo, hasta que, una vez efectuada la readmisión de forma regular, acuerde la devolución al empresario del saldo existente en esa fecha”.

Para el supuesto de que el trabajador haya estado prestando servicios para terceros (a diferencia de lo previsto para los supuestos de ejecución provisional), no procederá reducción alguna, pues, de otro modo, se eliminaría el efecto coactivo de la norma. SSTs 13 y 20 de marzo 1991 (RJ 1851 y 1882). En la doctrina, **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 900; y **DE LA VILLA GIL**. *Los efectos del despido nulo*, *op. cit.*, p. 582 y 583.

<sup>548</sup> *Cfr.* **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 252; y **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 477 y 478. Por otra parte, un sector de la doctrina ha descartado la posibilidad de que las partes transaccionen al respecto, aunque admite que “de hecho no haya manera

A fin de persuadir al empresario para la efectiva readmisión del trabajador, cabe la posibilidad de imponer un apremio pecuniario cuyo importe debe ingresarse en el Tesoro Público (*ex art. 239 TRLPL*)<sup>549</sup>.

Finalmente, para el caso de que la readmisión no sea posible (por cese o cierre de la empresa), el órgano judicial puede declarar extinguida la relación laboral (art. 284 TRLPL)<sup>550</sup>. En tal caso, la empresa está obligada al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la del auto que extinga la relación laboral, al pago de la indemnización legal tasada por despido improcedente y, además, a discreción del órgano judicial (en función de los daños

---

de limitar cualquier otro acuerdo extrajudicial”. **DE LA VILLA GIL**. *Los efectos del despido nulo*, *op. cit.*, p. 585. Defendiendo la imposibilidad de transaccionar, **ANDINO AXPE**. *Ejecución en el orden jurisdiccional social*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>549</sup> Sin embargo, para un sector de la doctrina la derogación de la multa prevista en el antiguo art. 282 de la Ley de Procedimiento Laboral (a raíz de la promulgación de la Ley 11/1994) comporta la eliminación de la posibilidad de imponer medidas de coerción indirecta sobre el despido. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 134 y 135. En contra, con mejor doctrina a nuestro juicio, abogando por la aplicación de la regla prevista en el art. 238 TRLPL, **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**. *La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido*, *op. cit.*, p. 479; **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 266; y **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 383.

<sup>550</sup> La doctrina ha discutido qué debe entenderse por cese o cierre de la empresa. Para algunos autores, debe abogarse por una interpretación “flexible”, pues, “no se trata del cierre patronal, ni de la disolución de la sociedad, sino que bastaría el cese de parte de la empresa, centro, instalación o actividad que determine la paralización de la labor productiva y, por tanto, la imposibilidad de readmisión en las mismas condiciones”. **MOLERO MANGLANO**. *El incidente de no readmisión*, *op. cit.*, p. 927; y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Ejecución provisional y definitiva en los procesos de despido*. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). *Ibidem*. Madrid, 1995, p. 167. No obstante, a pesar de los intentos de realizar una interpretación flexible del supuesto previsto en el citado precepto, debe tenerse en cuenta que “estas interpretaciones topan con la inflexible literalidad del precepto”. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 234. Otros autores, con mejor doctrina a nuestro entender, abogan por una interpretación “restrictiva”. **GÁRATE CASTRO**. *Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido*, *op. cit.*, p. 218. La doctrina judicial entiende que si bien el artículo 284 TRLPL “no define el cierre o cese de la empresa (...), la imposibilidad de readmitir por cese o cierre de la empresa obligada, según el artículo 284 de la Ley de Procedimiento Laboral, no es coincidente con el supuesto de cese o cierre de un centro, con posibilidad de readmitir en otro”. STSJ Cantabria 22 de septiembre 2004 (AS 2747). En términos similares, para la STSJ Galicia 15 de febrero 2002 (AS 361) no puede aplicarse el art. 284 TRLPL en un supuesto en el que “hubo cierre de la peluquería, pero el mismo no llegó a determinar (la imposibilidad de readmitir) que es presupuesto de la norma, siendo así que se reanuda la misma actividad laboral, intentándolo en el mismo espacio físico - bajo alquiler - y llevándolo a cabo finalmente en otro local, situado en sus - relativas - cercanías”. En cambio, abogando por una interpretación extensiva del art. 284 TRLPL, STSJ Cataluña 24 de octubre 2003 (AS 2004\215). Un comentario a esta sentencia en, **RUANO ALBERTOS**. *Imposibilidad de ejecución específica: circunstancias asimilables a los supuestos previstos en el art. 284 LPL*. ASoc nº 2, 2004, versión digital (BIB 2004\330). Finalmente, para la STSJ Madrid 8 de julio 2003 (AS 3533) “La actuación del precepto (art 284 LPL) es estrecha pues el supuesto de hecho viene referido exclusivamente al cierre de la empresa o cese de la actividad empresarial, efectos que han sido extendidos en sede judicial a todo supuesto de incumplimiento imposible de la ejecución ‘in natura’”. Ahora bien, para los supuestos en los que el empresario se niegue a ejecutar la readmisión hasta el punto que su dilación en el tiempo permite interpretar que la misma nunca va a llevarse a cabo, el citado Tribunal estima que el trabajador tiene expedida la vía del art. 50.1.c) TRET “dado que nos encontramos ante un grave incumplimiento empresarial de las obligaciones contractuales de ocupación efectiva y anejas”. Ahora bien, en tanto que este cauce genera dos inconvenientes para el trabajador (1.- el coste de la apertura de un nuevo proceso judicial y la consiguiente demora en la solución del conflicto que aquél representa; y 2.- en la indemnización acordada conforme al art. 50 TRET nunca tendría cabida la indemnización adicional del art. 279.2.b TRLPL), debe permitirse “un cauce de excepción a la ejecución específica dado que otra vía puede conducir al trabajador a sufrir indefinidamente la situación de incumplimiento empresarial”. Por ello, “la contumaz negativa empresarial a la reincorporación y la voluntad de extinción del trabajador manifestada ante el incumplimiento debe producir el efecto de sustituir la obligación de hacer por otra de dar que ponga fin a una situación perjudicial para el trabajador y cuyo origen se encuentra en el incumplimiento del empresario. Se trata, en suma, de la simple aplicación del art. 1124 CC”. Compartiendo este criterio en la doctrina, **GARCÍA ÁLVAREZ**. *La extinción discriminatoria*, *op. cit.*, p. 126 y 127.

y perjuicios sufridos por el trabajador), al abono de una indemnización de 15 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades<sup>551</sup>.

---

<sup>551</sup> Pese a que el art. 284 TRLPL se refiere al art. 279.1 TRLPL, debe entenderse que lo hace al apartado 2º del mismo precepto.

### **1.3.- Recapitulación.**

El análisis efectuado en este *Epígrafe* ha tratado de poner de manifiesto la importancia del régimen jurídico del despido en la promoción de la estabilidad en el empleo y, especialmente, su carácter de instrumento privilegiado. Para ello, se ha tratado de delimitar su naturaleza jurídica, no sólo porque existe una gran controversia doctrinal al respecto, sino porque de la misma se derivan aspectos de trascendental alcance en la protección de la continuidad del empleo.

De lo expuesto, podemos concluir que el despido es un supuesto de resolución por incumplimiento grave y culpable del trabajador, esto es, una derivada de la regla prevista en el art. 1124 CC. La afirmación de la naturaleza contractual de la facultad resolutoria del empresario tiene un profundo alcance, especialmente, porque desde una perspectiva global de las facultades de alteración reconocidas a ambas partes contratantes, y en concreto de las resolutorias, es un elemento trascendental para sostener su fundamento constitucional en el derecho al trabajo (art. 35 CE), rebatiendo las tesis que lo ubican en la esfera de la libertad de empresa (art. 38 CE).

La resolución del contrato sin motivo suficiente y por incumplimiento de los requisitos formales (*ad solemnitatem*) motiva la nulidad del negocio jurídico en que consiste el despido y la consiguiente obligación del empresario al cumplimiento de lo pactado (en este caso, a readmitir al trabajador a su situación original), así como la responsabilidad por mora del empresario (naturaleza salarial de los salarios de tramitación). El denominado “derecho de opción”, principal llave de la continuidad en el empleo y “objeto de deseo” por parte de los trabajadores, no es más que una simplificación de la lógica que impulsa el proceso ejecutivo de las obligaciones personalísimas (que se inicia en 1908 con la Ley de Tribunales Industriales). Y, la indemnización legal tasada no es más que la prestación por equivalente por la no readmisión. Lo que, acudiendo supletoriamente al Derecho común y, en concreto al art. 1124 CC, admite la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios en las resoluciones injustificadas (aunque se produzca la readmisión) y, por tanto, no sólo cuando se produzca una vulneración de derechos fundamentales (como ya admite el art. 181 TRLPL).

La posibilidad de limitación de la responsabilidad por mora (si se reconoce la improcedencia antes de la conciliación preprocesal), “simplemente” es un estadio más en el proceso evolutivo de la institución del despido iniciada con la Ley de Tribunales Industriales de 1908, auspiciada (o precipitada) por el principio de economía procesal. Teniendo en cuenta que, reconocida inicialmente la improcedencia, el empresario no está facultado para defender la procedencia en un juicio.

Los aspectos formales del despido juegan un papel sustancial en la protección del empleo, convirtiéndose en uno de los elementos más importantes del estatuto protector del trabajador. Especialmente, si se admite que se trata de un supuesto de resolución extrajudicial. Sin obviar el punto de inflexión que supuso la reforma de 1994, debe defenderse la naturaleza *ad solemnitatem* de los requisitos de forma (a pesar de que no conlleve la calificación de nulidad); pues, de otro modo, difícilmente podría entenderse las consecuencias jurídicas que su incumplimiento acarrea (la readmisión o la prestación por equivalente). Recuérdese que las diferencias entre la calificación de nulidad e improcedencia deben ubicarse en el plano estrictamente procesal y no en el sustantivo (hablamos – recuérdese - de la *sustantivización de las normas procesales*), pues, ambas son una manifestación de una conducta ilícita. De todos modos, a pesar de la importancia que (en apariencia) se quiere dar a los requisitos de forma - como evidencia la ilicitud del despido en caso de su incumplimiento -, el sistema juega con una “ambigüedad calculada” (decantada, no obstante, hacia los intereses empresariales), pues, admite vías para neutralizar las garantías vinculadas a la formalización del despido, o mejor dicho, para subsanar los posibles “descuidos” del empresario (en especial, arts. 55.1.2º TRET y 110.4 TRLPL).

La exigencia de requisitos procedimentales específicos para determinados colectivos de trabajadores, y la consiguiente existencia de estatutos protectores diferenciados, pone de manifiesto el carácter instrumental de la estabilidad en el empleo para la salvaguarda de otros fines de carácter social (en este caso, la libertad sindical). En este sentido, el papel de la jurisprudencia ha sido especialmente relevante (a la vez que ambivalente), pues, mientras que se ha optado por exigir el expediente previo a cualquier supuesto resolutorio por incumplimiento imputable (más allá del ejercicio del mandato representativo), en paralelo, (discutiblemente) se ha negado a extenderlo al resto de supuestos resolutorios (imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad) y, además, ha optado por suavizar las exigencias formales (“relativizando” los efectos derivados de su incumplimiento).

En lo relativo a la ejecución definitiva del despido, especialmente, comunicada al trabajador la voluntad de readmitirlo, el sistema se muestra excesivamente permisivo con los cambios de opinión sobrevenidos del empresario. Sin que las numerosas (y costosas) fases en que consiste el proceso ejecutivo contribuyan de un modo decisivo a decantar la balanza hacia la readmisión. Evidenciándose, dado su extraordinario coste para el trabajador y la Administración de Justicia, la necesidad de prever sanciones más severas y/o restringiendo la discrecionalidad atribuida hoy en día a los órganos jurisdiccionales para su imposición.

La declaración de nulidad (en caso de vulneración “objetiva” y subjetiva” de derechos fundamentales) es una medida particular desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, pues, en puridad, no puede afirmarse que la continuidad del contrato de trabajo y, en especial,



el efectivo interés del trabajador por ella, sea el fin último perseguido por la norma (aunque esta sea el principal efecto visible), sino el instrumento para alcanzar un objetivo de mayor alcance: la protección de los derechos fundamentales. Y, en este sentido, la influencia del Derecho Comunitario ha sido primordial. Desde esta perspectiva también se explica el incremento sustancial de los factores dirigidos a disuadir al potencial “agresor” (sanción administrativa – LISOS - y posible reclamación de daños y perjuicios – art. 181 TRLPL) y, sobre todo, que el sistema judicial en la fase ejecutiva no repare en gastos para exigir el cumplimiento *in natura* de la readmisión. Aunque, quizás, sería deseable una reforma del TRLPL a fin de agilizar el proceso (para evitar la actual dilación para imponer medidas coactivas y así persuadir al empresario al cumplimiento inmediato de la obligación *in natura*).

Atendiendo a la relativización de los efectos derivados del incumplimiento de los requisitos de forma y de las facilidades para el cumplimiento por equivalente, intensificadas en tanto que la opción por la readmisión puede ser fácilmente revocada en la fase ejecutiva, se evidencia que el cumplimiento de la obligación *in natura* tiene un marcado carácter restrictivo.

En definitiva, la respuesta legal frente al despido improcedente se erige en uno de los parámetros más importantes para evaluar la intensidad con la que se quiere preservar el empleo. Entendemos que el concepto de *estabilidad real* (en contraposición al de *estabilidad obligacional*) que emplea la doctrina laboral no puede circunscribirse estrictamente a los supuestos de readmisión obligatoria, sino que es perfectamente exportable a los supuestos de extinción injustificada con el abono de una compensación económica (todo depende del importe de la misma y del coste de oportunidad del empresario). Y la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios en las resoluciones injustificadas (nulas y también improcedentes), a pesar de la “suavización” de las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos de forma y de las facilidades para cumplir por equivalente en la fase ejecutiva, permiten afirmar que la estabilidad en el empleo se encuentra en expansión.

Por otra parte, la regulación jurídica del despido puede analizarse desde otros puntos de vista. Uno de ellos es el que ofrece el análisis económico. En este sentido, puede anticiparse que el mérito de su aparato analítico radica en que puede *ofrecernos una posible explicación (entre otras posibles)* de cómo la norma incide en el comportamiento de los individuos, desvelando una dimensión de los fenómenos asociados al cumplimiento de la norma muy interesantes. Por el momento basta afirmar que, desde el instante que se admite la sustitución de la prestación *in natura* por el *id quod interest*, puede aseverarse que se está fijando un *precio de salida* al contrato (lo mismo sucedería si finalmente se admitiera la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios). Se está fijando un precio a una determinada conducta (y un nivel de permisividad). O, lo que es lo mismo, se está supeditando la continuidad en el empleo al *coste de oportunidad* del empresario.

Las derivaciones conceptuales y prácticas de este modo de observar la regulación del despido son extraordinariamente relevantes, no sólo para comprender el funcionamiento de la normas jurídicas, sino para poder articular otros modelos legales que se ajusten mejor a los objetivos socialmente deseados. La pregunta – ya enunciada anteriormente – es si con el importe de las indemnizaciones legales previstas en la legislación vigente se alcanza el nivel de permisividad de una determinada conducta socialmente reprochable que se estima como satisfactorio para la sociedad.

## ***2.- La resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario como manifestación de la estabilidad en el empleo.***

Al igual que el empresario, el trabajador también está revestido de una facultad resolutoria para los supuestos en los que aquél incumpla por motivos imputables (art. 49.1.j TRET)<sup>552</sup>. Sin perjuicio, claro está, de que en vez de resolver el contrato, opte por exigir el cumplimiento de lo pactado<sup>553</sup>. De hecho, puede afirmarse (aunque la doctrina no es pacífica) que se trata de una aplicación al ámbito del Derecho del Trabajo de la facultad resolutoria prevista en el art. 1124 CC<sup>554</sup>.

La resolución del contrato es consecuencia de “la actitud de quien, razonablemente, no confía ya en obtener la satisfacción propia de la persona que trabaja por cuenta de otro; esto es, de alguien que se ve forzado a resolver el contrato de trabajo injustificadamente provocado por la conducta de su empresario”<sup>555</sup>. Frente a la facultad de dimisión del trabajador, la regla prevista en el art. 50 TRET pretende evitar que se fuerce al trabajador por vía indirecta (a través del incumplimiento sistemático de lo pactado) a abandonar el trabajo sin compensación alguna<sup>556</sup>. Pero al mismo tiempo, la incidencia de la estabilidad en el empleo lleva a incrementar

---

<sup>552</sup> Facultad que viene siendo reconocida en la legislación laboral desde antiguo (arts. 22 CT<sup>26</sup>; 89.7 LCT<sup>31</sup>; 78 LCT<sup>44</sup>; y 21.2 LRL<sup>76</sup>). *Vid.* al respecto con mayor detalle, entre otros, **PENDAS DÍAZ**. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. ACARL. Madrid, 1992.

<sup>553</sup> **ALONSO OLEA**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. RPS n° 126, 1980, p. 142; y *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. RPS n° 118, 1978, p. 77.

<sup>554</sup> En la jurisprudencia, STS 3 de abril 1997 (RJ 3455). En la doctrina judicial, por todos, STSJ País Vasco 23 de enero 2007 (JUR 121806). Y, en la doctrina laboral, **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*. RT n° 93, 1989, p. 21; **BORRAJO DACRUZ**. *Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. En “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo”. MTSS. Madrid, 1990, p. 18; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992, p. 143; **DE MIGUEL LORENZO**. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Civitas. Madrid, 1993, p. 23 y ss.; y **SIERRA HERRERO**. *Extinción del contrato por voluntad del trabajador (jurisprudencia en unificación de doctrina sobre el art. 50 TRET)*. AL n° 6, 2007, p. 703. En contra, **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Palma de Mallorca, 1983, p. 76 y ss.; **CRUZ VILLALÓN**. *La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 259/2001); **DURÁN LÓPEZ**. *Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*. RL 1990 – I, p. 368; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*. La Ley- Actualidad. Madrid, 1998, p. 134 y 135; **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi. Pamplona, 2001, p. 32. Autores que, pese a afirmar que en los supuestos de los apartados b) y c) del art. 50.1 TRET el “trabajador se limita a actuar ante un supuesto en el que lo sucedido no de lo dicho en el art. 1124 CC”, cuando se refiere al apartado a) del citado artículo no puede hablarse propiamente de la existencia de un incumplimiento empresarial. Discusión que será analizada posteriormente con mayor detalle.

<sup>555</sup> STSJ País Vasco 23 de enero 2007 (JUR 121806). O, como se ha afirmado en la doctrina, “debe tratarse de conductas empresariales que impliquen una frustración del programa de prestaciones mutuas, que produzcan efectos exorbitantes sobre la posición jurídica del trabajador, tales, que éste no se encuentre jurídicamente obligado a soportarlos, porque, al cabo, alteran en su perjuicio condiciones contractuales que resultaban trascendentes para la permanencia del vínculo”. **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>556</sup> Un análisis pormenorizado de la distinción entre la dimisión y la resolución del contrato *ex art.* 50 TRET en, **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*; y **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*

la dificultad de que este supuesto resolutorio prospere, de modo que sólo se admiten aquellos incumplimientos empresariales que frustren gravemente el programa de prestaciones<sup>557</sup>.

Lo curioso del caso es que, como ya se ha puesto de manifiesto, este mismo planteamiento resolutorio no se “exporte” cuando se habla del empresario (y del despido). Sin duda, enlazando con lo apuntado con ocasión del despido, no parecen existir motivos suficientemente poderosos para justificar que si el trabajador tiene una facultad resolutoria para los supuestos de incumplimientos graves y culpables del empresario, la facultad de éste deba calificarse jurídicamente de un modo diferente<sup>558</sup>. Del mismo modo que con el despido, la aceptación de la naturaleza resolutoria de la facultad reconocida al trabajador *ex art. 50 TRET* tiene una importancia capital desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, desde el instante que posibilita la compatibilidad de la indemnización legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios.

Antes de incidir en esta importantísima dimensión de este instituto, conviene tener en cuenta que, apartándose un poco de la configuración legal del despido, puede afirmarse que el impacto del principio de conservación del negocio jurídico en esta institución es ciertamente visible, permeando intensamente en su conceptualización y, consiguientemente, impregnando los pilares sobre los que se asienta su regulación jurídica. En definitiva, la voluntad del Legislador es, en la medida de lo posible, restringir el recurso a este supuesto de ineficacia contractual. Y, para ello, se prevén una serie de “obstáculos”, que, en definitiva, vienen a fortalecer la continuidad del contrato de trabajo.

### ***2.1.- Factores fortalecedores de la estabilidad en el empleo presentes en la facultad resolutoria del trabajador por incumplimiento empresarial.***

Como primera manifestación de esta intensificación de la voluntad de salvaguardar la vida del contrato, debe destacarse que esta facultad resolutoria del trabajador tiene un carácter esencialmente judicial<sup>559</sup>. Circunstancia, sin duda, relevante, pues, mientras no se solventa la

---

<sup>557</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 141; y **SAMPEDRO CORRAL.** *La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador*, *op. cit.*, p. 44. No obstante, un sector de la doctrina estima que “el extremado endurecimiento de las condiciones que exige la jurisprudencia para que pueda prosperar la acción resolutoria-resarcitoria no trata de, como ocurre con la resolución civil por incumplimiento, asegurar el principio de conservación del negocio, sino de justificar el derecho del trabajador a ser indemnizado”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 137 y 138.

<sup>558</sup> En términos similares, **FERNÁNDEZ LÓPEZ** afirma que al trabajador “le asiste un poder semejante al que asiste al empresario para dar por concluida la relación por causa justificada, si se frustran objetivamente las expectativas que le ha generado el vínculo contractual”. **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>559</sup> La extinción del contrato a instancia del trabajador, por tanto, no puede ser decidida *motu proprio* por sí mismo. **SAMPEDRO CORRAL.** *La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador*, *op. cit.*, p. 37.

controversia en esta sede, el trabajador, salvo contadas excepciones<sup>560</sup>, debe seguir prestando sus servicios (si no quiere que se entienda que ha desistido del contrato o que ha incurrido en un incumplimiento grave y culpable por faltas de asistencia injustificadas<sup>561</sup>). Lo cual es, por otra parte, lógico atendiendo al carácter constitutivo de la sentencia<sup>562</sup>. Siguiendo con los aspectos procesales de esta facultad, conviene recordar que en lo relativo al plazo para interponer la correspondiente acción debe entenderse aplicable el art. 59.1 TRET<sup>563</sup>. Y, el

---

<sup>560</sup> STC nº 225, 9 de diciembre 2002 (RTC 225). Supuesto en el que, como se sabe, se ha admite que el trabajador (periodista) paralice inmediatamente su actividad laboral y luego interponga la acción resolutoria, ante el cambio de orientación ideológica de la línea editorial del periódico en el que presta sus servicios. Opción que también ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina judicial en situaciones *excepcionales*. STS 18 de septiembre 1989 (RJ 6455); y SSTSJ Andalucía (Sevilla) 15 de febrero 1999 (AS 943). *Vid.* al respecto, **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, *op. cit.*, p. 26 y 27; **PENDAS DÍAZ**. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 47; **DE MIGUEL LORENZO**. *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 126 y ss.; **VIQUEIRA PÉREZ**. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, *op. cit.*, p. 111 y ss.; y **SAMPEDRO CORRAL**. *La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador*, *op. cit.*, p. 42 a 44.

<sup>561</sup> ATS 24 de mayo 2000 (RJ 4629). No obstante, ante la posibilidad de la concurrencia de reclamaciones cruzadas (resolución a instancia del trabajador y despido o viceversa), es claro que el trabajador no va a poder continuar prestando sus servicios. En tal caso, si el trabajador resuelve y posteriormente el empresario despide; o bien, si la resolución es posterior al despido, y siempre que el trabajador impugne la decisión extintiva empresarial, debe procederse (obligatoriamente) a la acumulación de autos (que no de acciones), *ex art.* 32 TRLPL. En tal caso, a partir de la STS 23 de diciembre 1996 (RJ 9848), se entiende que debe valorarse la “situación en cada caso por ser extremadamente difícil acudir a reglas dogmáticas y apriorísticas que fijen criterio sobre cuál de ambas acciones ha de obtener primera respuesta, siendo posible el análisis autónomo de una y otra cuando el alegado incumplimiento empresarial nada tenga que ver con el motivo rescisorio de la relación por parte del empresario”. Criterio no obstante matizado por la STS 25 de enero 2007 (RJ 2141), pues, si en la STS 23 de diciembre 1996 (RJ 9848) “se entendió que primero había que resolver la acción de extinción del contrato que había sido la primera en presentarse y en segundo lugar la impugnatoria del despido, produciendo consecuencias el eventual éxito de la primera en la condena que se impusiera, de ser también acogida la segunda; se trataría por tanto de un criterio cronológico procesal no excluyente, que no prescinde de la doble solución”, en la más reciente “a la hora de resolver que acción debe decidirse antes, hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que de prioridad a la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma, cuyo éxito no impedirá el examen de la acción de despido”.

*Vid.* al respecto, **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 129 a 131; **BURGOS HERRERA**. *La acumulación de despido y extinción de contrato de trabajo (art. 32 LPL)*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1168); y **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 113 y ss. Por otra parte, el trabajador está facultado para ejercer la acción resolutoria con independencia de que haya otros trabajadores en la empresa en la misma situación y no se hayan decidido a resolver el contrato. STS 29 de diciembre 1994 (RJ 10522). Y también puede resolver en las resoluciones *ex art.* 51 TRET mientras esté vigente el expediente de regulación de empleo. STS 5 de abril 2001 (RJ 4885). Interpretación criticada por la doctrina por entender que “fomenta conductas estratégicas por parte de algunos trabajadores que tratan de salir del marco común del expediente de regulación de empleo para obtener las indemnizaciones superiores de los arts. 50 y 56 del ET”. **DESDENTADO BONETE** y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, *op. cit.*, p. 162. Apuntando este inconveniente con anterioridad a la STS 5 de abril 2001, **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 209 y 210.

<sup>562</sup> SSTs 12 de julio 1989 (RJ 5461); 18 de julio 1990 (RJ 6425); y 23 de abril 1996 (RJ 3403). De tal modo que, como indica la última sentencia citada, para el supuesto de que el empresario recurra la sentencia que reconoce el incumplimiento contractual, el trabajador está obligado a seguir prestando sus servicios en la empresa hasta que la sentencia sea firme. Frente a esta solución, **DESDENTADO BONETE** y **DE LA PUEBLA PINILLA** - siguiendo el planteamiento que **DURÁN LÓPEZ** proponía en 1990 -, sostienen que cabe “mantener la vigencia de la relación pero con la posibilidad de suspenderla y en este caso reabrir el derecho a la reincorporación al trabajo si se revocara el pronunciamiento de instancia que acordó la resolución”. **DESDENTADO BONETE** y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, *op. cit.*, p. 160 y 161. Y **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** afirman que el hecho de que el trabajador deba solicitar la resolución y que la sentencia judicial posea efectos constitutivos no significa necesariamente que el contrato de trabajo haya de estar vigente en el momento de recaer sentencia. **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 51.

procedimiento, será el ordinario (art. 76 y ss. TRLPL), salvo que se trate de una crisis concursal<sup>564</sup>. Por otra parte, como manifestación evidente del propósito de facilitar la continuidad del contrato, conviene recordar que en estos supuestos no cabe solicitar la ejecución provisional<sup>565</sup>. Si la sentencia no estima la pretensión del trabajador, éste debe continuar prestando sus servicios. Si la estima y es recurrida por el empresario, dado el carácter constitutivo de la sentencia, “la relación continuará subsistente mientras no adquiera firmeza y en este caso tendrá el trabajador el derecho, y también la obligación, de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente”<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 245; **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 264; **ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO**. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*, op. cit., p. 1403; **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 89 y 90; y **DE SOTO RIOJA**. *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento*, op. cit. (versión digital).

Criterio que comparten los órganos jurisdiccionales, SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de septiembre 1996 (AS 2879); Canarias (Las Palmas) 29 de diciembre 2003 (AS 2004\3899); y País Vasco 18 de febrero 2003 (AS 1775).

<sup>564</sup> La posibilidad de resolver el contrato ex art. 50.1.b TRET queda condicionada a que, por aplicación del art. 64.10 Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal – en adelante, LC –, se estime que las extinciones tienen el carácter “colectivo” (según lo previsto en el propio art. 64.10 LC), en cuyo caso la competencia corresponderá al juez mercantil del concurso y deberán tramitarse conforme a lo establecido en la LC. *Vid.* al respecto, **GONZÁLEZ DE PATTO**. *La perturbación del derecho del trabajo por el derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex art. 50.1.b) ET*. AL nº 7, 2006, p. 756 y ss. En cuanto al cómputo de las extinciones, no sólo deben tenerse en cuenta las efectuadas una vez declarado el concurso, sino todas aquellas acciones individuales vigentes (por tanto, hasta que no se haya dictado sentencia firme). **LOUSADA AROCHENA**. *Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. RDS nº 27, 2004, versión digital (TOL 525607); **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 83 y 84; **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*. RL 2003 – II, p. 526; **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos). Bosch. Barcelona, 2004, p. 753; **LACOMBA PÉREZ**. *La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso*. RTS nº 166, 2004, p. 70; y **GONZÁLEZ DE PATTO**, op. cit., p. 758. A favor, en la doctrina judicial, STSJ Galicia 15 de julio y 5 de octubre 2005 (AS 2700 y JUR 2006\36564). En contra, en la doctrina, **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal*. RDS nº 26, 2004, versión digital (TOL 474396); y **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano). Tecnos. Madrid, 2004, p. 758. Por otra parte, la indemnización legal será la prevista para los despidos improcedentes y no la prevista en el art. 51.8 TRET. **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ**. *La transformación de acciones individuales en extinciones colectivas: el funcionamiento en la práctica judicial del derecho reconocido en el artículo 50.1.b) del ET dentro del concurso*. RTSS – CEF nº 284, 2006, p. 74; **MOLERO MARAÑÓN**. *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal*. RL 2005 - II, p. 631 a 635; **LOUSADA AROCHENA**, op. cit. (versión digital); y **ALBIOL MONTESINOS**, op. cit., p. 85. Abogando por la indemnización de 20 días con un máximo de una anualidad, **CRUZ VILLALÓN**, op. cit., p. 527; y **GONZÁLEZ DE PATTO**, op. cit., p. 758; y **DE LA PUEBLA PINILLA**, op. cit., p. 761. De algún modo, puede entenderse que la regla prevista en el art. 64.10 LC lo que persigue es precisamente evitar lo que la jurisprudencia ha admitido en las situaciones extraconcursales de compatibilidad de la acción resolutoria ex art. 50 TRET mientras se tramita el ERE. *Vid.* al respecto, **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004, p. 226; y **MERCADER UGUINA y ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64*. En “Comentario de la Ley Concursal” (Coord. Rojo y Beltrán). Civitas. Madrid, 2004, p. 1223.

<sup>565</sup> *Vid.* al respecto extensamente *supra*.

<sup>566</sup> STS 23 de abril 1996 (RJ 3406). Por consiguiente, “el período, pues, existente entre la fecha de la sentencia de instancia y aquel otro en el que la resolución judicial extintiva adquirió firmeza, corresponde en el caso examinado, y a falta de toda prueba en contrario, a un período de plena subsistencia del vínculo laboral. Subsistencia del vínculo, que lleva aparejada la plena efectividad de las prestaciones recíprocas de trabajador y empleador, y, entre ellas, el pago por éste de las cuotas de Seguridad Social, entre las que se encuentra la de desempleo”. STS 8 de noviembre 2000 (RJ 2001\1419). Un análisis de la evolución jurisprudencial respecto de este supuesto en, **SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 121 a 126.

Otro de los aspectos ilustrativos del acento “conservacionista” que ha tratado de imprimirse a esta institución es el hecho de que el trabajador tenga la obligación de acreditar la concurrencia de la causa resolutoria alegada, de modo que, de no hacerlo o de hacerlo insuficientemente, deberá seguir prestando sus servicios en la empresa (o dimitir, claro está). Y, estrechamente vinculado con este planteamiento, la concepción restrictiva de las causas resolutorias va a jugar un papel primordial. Circunstancia, por otra parte, sobre la que los órganos jurisdiccionales van a tener mucho que decir. Extremos que, dada su importancia, serán analizados a continuación en un epígrafe aparte.

Sumamente importante es, también, la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario si se considera que ha incumplido el contrato. Como se sabe, si se estima que el empresario ha incumplido el contrato por circunstancias a él imputables, el trabajador tiene derecho a percibir la misma indemnización que la prevista para los despidos improcedentes (art. 50.2 TRET)<sup>567</sup>. La condena al abono de una indemnización no sólo trata de compensar al trabajador, sino que también aspira a reprimir anticipadamente determinadas conductas socialmente reprobables. De nuevo, al igual que con el despido, la fijación de la cuantía en la que se valora la responsabilidad empresarial, pasa a convertirse en uno de los factores sobre el que gravita esta medida de protección del empleo. Pudiéndose trasladar a este estadio las mismas valoraciones que las vertidas con ocasión del análisis de la posibilidad de cumplir por equivalente en el despido.

Otro de los factores con notable incidencia en esta lógica “represora” del comportamiento empresarial socialmente indeseable, y por tanto de clara “inspiración conservacionista”, es la condena al abono de los salarios de tramitación, para los supuestos en los que excepcionalmente haya dejado de prestar sus servicios mientras se sustancia el procedimiento judicial<sup>568</sup>; o bien, para los casos en los que haya dejado de hacerlo como consecuencia de un cruce de reclamaciones con el empresario.

Con parámetros similares debe valorarse la novedosa posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios en caso de extinción con vulneración de derechos fundamentales, superándose la vetusta concepción restrictiva del carácter tasado de la compensación por la extinción injustificada del contrato (en concreto, por entenderse que la existencia de una norma laboral específica sobre la materia impedía el juego supletorio de las normas del Derecho común). Recientemente, como se ha manifestado, frente a esta concepción tradicional, la doctrina jurisprudencial ha admitido la posibilidad de compatibilizar esta indemnización legal con una indemnización de daños y perjuicios, en los supuestos que se

---

<sup>567</sup> En cuanto al cálculo de la indemnización debe tenerse en cuenta que dado el carácter constitutivo de la sentencia hace que el tiempo de servicios del trabajador siempre debe prolongarse hasta la fecha de la sentencia que resuelva la resolución del contrato. STS 25 de enero 1999 (RJ 898).

<sup>568</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, op. cit., p. 28; y **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 109.

estime que se ha producido una vulneración de derechos fundamentales. Posibilidad que ha recibido el impulso legal que necesitaba al recogerse expresamente en el TRLPL (arts. 180 y 181).

Posibilidad que debería poderse extender a cualquier supuesto resolutorio, sin necesidad por tanto, de que concurra una vulneración de los derechos fundamentales<sup>569</sup>. De hecho, este reconocimiento legal evidencia (y confirma), como ya se ha expuesto, que la indemnización legal tasada es la prestación por equivalente, lo que significa, por tanto, que la legislación laboral sólo se refiere al *id quod interest*, por lo que en aplicación supletoria del Derecho Común (esto es los arts. 1124 y 1101 CC), el trabajador está facultado para reclamar una indemnización por daños y perjuicios en cualquier supuesto de resolución contractual en la que se aprecie el comportamiento ilícito del empresario. Siempre y cuando, claro está, pruebe su existencia y determine su valor.

Como ya se ha expuesto, el impacto “conservacionista” de esta interpretación de la legalidad sería ciertamente visible, situando a la estabilidad en el empleo en un estadio superior, pues, repercutiría probablemente en una reducción sustancial de las extinciones contractuales sin fundamento alguno.

### ***2.1.1.- En especial: la concepción restrictiva del incumplimiento imputable empresarial.***

La ineficacia sobrevenida del contrato acaecerá en el supuesto de que el empresario incumpla el contenido del contrato<sup>570</sup>. Al igual que para el despido, el éxito de la acción resolutoria exige que concurra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones por parte del empresario. Esto es, un incumplimiento empresarial grave e imputable<sup>571</sup>.

---

<sup>569</sup> Como ya se ha reconocido en los autos del TS anteriormente citados (15 de septiembre 2004, JUR 296933; y 20 de octubre 2005, JUR 2006\54013).

<sup>570</sup> Por consiguiente, el elenco de obligaciones que pueden generar la responsabilidad del empresario, a pesar de que la norma aluda al incumplimiento contractual, se refieren tanto a las obligaciones pactadas en el contrato (objeto del contrato) como las derivadas de las normas legales (el contenido del contrato).

<sup>571</sup> *Vid.* al respecto en la doctrina, **BORRAJO DACRUZ**. *Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 19 y 20. En cuanto a la necesidad de que el incumplimiento contractual sea *imputable* en todos los supuestos a los que específica o genéricamente se refiere el art. 50 TRET, se desprende del párrafo c) del art. 50 TRET por referencia a la fuerza mayor (por definición, *inimputable*). **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 86. En concreto, siguiendo la exposición de la STSJ País Vasco 7 de febrero 2006 (AS 1416) “el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución (SSTS - Sala 1ª - 7 de marzo 1983, RJ 1426; 24 de julio 1989, RJ 5777; y 21 de septiembre 1990, RJ 6899; y SSTS - Sala 4ª - 7 de julio 1983, RJ 3730; 15 de marzo 1990, RJ 3087; y 8 de febrero 1993, RJ 749) y también voluntario, entendiéndose por tal, no sólo una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor (SSTS - Sala 1ª - 24 de julio 1989, RJ 5777; 4 de abril 1990, RJ 2694; 14



Sin embargo, a partir de la interpretación de los órganos jurisdiccionales – sobre la base de las deficiencias de redacción de la norma -, se ha abogando por “suavizar” ciertos aspectos conformadores de la concepción restrictiva del incumplimiento empresarial. Lo que se ha traducido en una apertura del espacio de juego de la resolución del contrato (a costa de la conservación del negocio jurídico). En primer lugar, en términos generales, se sostiene que para apreciar la concurrencia de un incumplimiento imputable no se requiere una actitud empresarial malévola<sup>572</sup>. En segundo lugar, la entidad del incumplimiento requerido en algunos de los motivos resolutorios recogidos en el art. 50 TRET, ha sido devaluada sensiblemente. La idea es que la preservación a ultranza del contrato puede tener efectos contraproducentes en el trabajador, lo que recomienda un enfoque menos “integrista” a fin de conciliar otros intereses concurrentes.

La cuestión es que este (comprensible) proceso “aperturista” ha contribuido a “alimentar” los posicionamiento doctrinales que descartan la naturaleza resolutoria de la facultad prevista en el art. 50 TRET. La cuestión, como ya se ha expuesto - aunque conviene reiterarlo nuevamente -, no es baladí, pues, de la admisión de la naturaleza resolutoria de la facultad reconocida en el art. 50 TRET se deriva su equiparación con la reconocida al empresario y su consiguiente engarce con el art. 35 CE, y en un sentido preventivo, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios (y no sólo en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales), incidiendo en la configuración de la protección del empleo. Veamos a continuación estos aspectos.

Como se sabe, aunque el precepto sólo habla de “justas causas”, un sector de la doctrina ha entendido que la cláusula general viene delimitada en el párrafo c) del art. 50.1

---

de junio y 7 de julio 1988, RJ 4877 y 5580; y SSTS - Sala 4ª - 15 de noviembre 1986, RJ 6350; 15 de enero 1987, RJ 38; y 11 de abril 1988, RJ 2944)”.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, las “omisiones en la exigencia de culpabilidad en los apartados a) y b) del art. 50 TRET no son irrelevantes, ni constituyen un defecto de redacción en la norma que necesite ser suplido por la extensión de lo dispuesto en el apartado c) del mencionado artículo”. Por lo que se afirma que “la culpabilidad del deudor no sería elemento necesario para configurar el supuesto extintivo, y tampoco para determinar la responsabilidad del deudor, que siempre existe – salvo en el caso de fuerza mayor (art. 1105 CC) -, en relación con los incumplimientos empresariales que justifican la extinción por voluntad del trabajador”. **FERNÁNDEZ LÓPEZ.** *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, op. cit., p. 146 y 148. O, como afirma **ALBIOL MONTESINOS**, para hacer jugar alguno de los supuestos resolutorios del art. 50 ET [basta] con la mera constatación objetiva de su existencia fáctica, en los propios términos en que cada supuesto se halla redactado legalmente”. **ALBIOL MONTESINOS.** *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, op. cit., p. 25. De hecho, como argumento a este planteamiento se afirma que la jurisprudencia (no sin algunas vacilaciones – STS 4 de diciembre 1986, RJ 7278) ha entendido que para que concurra el supuesto previsto en el apartado b) del art. 50 TRET no se exige que el incumplimiento sea culpable. ATS 22 de noviembre 2000 (RJ 10423); y STS 25 de enero 1999 (RJ 898) – que cita la STS 24 de marzo 1992 (RJ 1870).

En cambio, para los supuestos del apartado a) del art. 50 TRET, la jurisprudencia ha afirmado que “frente a la tesis objetivista en el supuesto de incumplimiento contractual del empresario, actualmente la jurisprudencia se inclina por la tesis subjetivista que exige en el caso previsto en el art. 50.1,a) del Estatuto de los Trabajadores que dicho incumplimiento, además de grave, sea culpable, o sea imputable al empresario a título de dolo o culpa - Sentencias, entre otras, de 26 de marzo 1985 (RJ 1392), 15 de noviembre 1986 (RJ 6350), 15 de enero 1987 (RJ 38)”. STS 15 de marzo 1991 (RJ 1861). Y en la doctrina judicial reciente, STSJ Madrid 7 de noviembre 2006 (AS 2007\138); y Andalucía (Málaga) 27 de abril 2006 (AS 3465).

<sup>572</sup> STSJ País Vasco 23 de enero 2007 (JUR 121806).

TRET<sup>573</sup>. Como especificación a este tipo común generador la facultad resolutoria, el art. 50.1 TRET describe tres supuestos específicos, que no son sino concretas aplicaciones de esa regla general. Sin que pueda entenderse que se trate de una enumeración cerrada, pues, el propio apartado c) se refiere a “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones”<sup>574</sup>. En concreto, tales supuestos son:

a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación del trabajador o en menoscabo de su dignidad. Siguiendo la exposición de SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, para que la modificación sustancial de condiciones de trabajo pueda motivar una resolución a instancia del trabajador es preciso que las medidas modificativas se estimen justificadas, bien porque no hayan sido previamente impugnadas (en cuyo caso, se presume su licitud), o bien porque, como resultado de su impugnación, obtuvieron un pronunciamiento judicial que declare su carácter justificado. Si se estima que la decisión era injustificada o nula no se apreciará el perjuicio que exige el art. 50.1.a) TRET, pues, el empresario está obligado a reponer al trabajador en sus condiciones de trabajo originales. Lo que no quita que, para el caso de que se incumpla esta reposición, el trabajador pueda acudir a la resolución *ex* art. 50.1.c) TRET<sup>575</sup>.

Para que entre en juego esta causa resolutoria es necesario que se den ambas condiciones, es decir, que se produzca una modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>576</sup> y que esta alteración produzca un perjuicio en la formación profesional o en la dignidad del trabajador<sup>577</sup>. Conductas que pueden manifestarse de muy diversas maneras, lo que impide que en esta materia se puedan sentar normas o pautas interpretativas generales. Pero en todo caso,

---

<sup>573</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, *op. cit.*, p. 145. Otros autores entienden que el supuesto descrito en el apartado a) tiene carácter autónomo, diferenciado de los supuestos a los que hace referencia el apartado c) del art. 50.1 TRET (por tanto, no es un mero supuesto ejemplificativo). *Vid.* al respecto, VIQUEIRA PÉREZ. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, *op. cit.*, p. 41

<sup>574</sup> STS 3 de abril 1997 (RJ 3047). De hecho, se afirma que “los casos de incumplimiento empresarial son no solo casuísticos sino de una variedad casi particularizada al caso concreto”. STSJ Comunidad Valenciana 11 de enero y 18 de febrero 2001 (JUR 164818 y AS 3331). En este sentido, la referencia a las “obligaciones” (y no a las “obligaciones contractuales” de la redacción anterior a la reforma de 1994) ha permitido a los órganos jurisdiccionales subsumir en este supuesto resolutorio: impagos de las prestaciones por incapacidad laboral (STS 22 de mayo 1995, RJ 3995; y 2 de noviembre 1996, RJ 8187; y en la doctrina judicial, SSTSJ Cantabria 13 de diciembre 2006, AS 2007\350; Cataluña 4 de octubre 2000, AS 2001\873; y 22 de junio 2001, AS 3512); o la negativa empresarial a readmitir a un trabajador tras ser revocada la declaración de invalidez total (STS 8 de noviembre 1993, RJ 8559). Una crítica a la pobreza de enunciados del TRET con respecto a sus precedentes, DIÉGUEZ CUERVO. *Dimisión sin causa y por incumplimiento del empresario*. REDT n° 100, 2000, p. 1033.

<sup>575</sup> SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 37; y SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>576</sup> Sin perjuicio de lo que se expondrá extensamente más tarde, por modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe entenderse que lo sustancial debe predicarse respecto de las modificaciones y no de las materias modificadas. Por lo tanto, la posibilidad de resolver el contrato indemnizadamente *ex* art. 50 TRET no queda circunscrita a determinadas modificaciones, como sucede para los supuestos contemplados en los arts. 40.1.4° y 41.3.2° TRET.

<sup>577</sup> SSTS 26 de julio 1990 (RJ 6483); y 31 de mayo 1991 (RJ 3932).

es necesario que se prueben los perjuicios sufridos en la formación profesional o el menoscabo de la dignidad, sin que éstos puedan presumirse<sup>578</sup>, debiéndolos acreditar el trabajador<sup>579</sup>.

En lo relativo al daño producido en la formación profesional, se entiende la obstaculización del ejercicio del derecho establecido con carácter general en el art. 4.2.b) TRET, concretado por el art. 23 TRET<sup>580</sup>. Asimismo, también se entiende incluido en el concepto de formación profesional, la idea de profesionalidad, vincula con el derecho reconocido a los trabajadores de promoción dentro de la Empresa (art. 35 CE)<sup>581</sup>.

El menoscabo de la dignidad del trabajador es predicable siempre que se violen los derechos reconocidos en los arts. 10.1 CE y 4.2.e) TRET, situándole en una posición depresiva o vejatoria<sup>582</sup>. Con mayor detalle, se estima siempre “que se atente contra el respeto que es debido a quien presta su actividad laboral para otro, que tiene derecho a mantenerse en su puesto con la honorabilidad que es debida a toda persona y especialmente a quien trabaja, expresión que ha de medirse en todo caso con un criterio social objetivo”<sup>583</sup>. Entendiéndose que el alcance de la noción “menoscabo de la dignidad del trabajador”, debe emplearse “más allá de los límites que establecen los artículos 17, 18 ó 20.3 TRET, cuando se refieren a este concepto”<sup>584</sup>; equivaliendo “al respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y ante sus jefes, como persona y como profesional, no pudiéndose situar en una posición en que, por las circunstancias que se dan en ella, provoque un menoscabo en este respeto, privándole de posibilidades de acción, o aun en casos extremos de signos externos del cargo, que puedan crear en los demás una impresión de caída, en desgracia, combinada en el hecho de la degradación efectiva”<sup>585</sup>.

Por otra parte, a partir de la idea de que las modificaciones que propician la resolución *ex art. 50.1.a) TRET* sólo son las lícitas, se plantea si efectivamente puede entenderse que el art.

---

<sup>578</sup> STSJ Canarias (Las Palmas) 14 de junio 2005 (AS 1820).

<sup>579</sup> SSTS 11 de abril 1988 (RJ 2944); y 7 de febrero 1992 (RJ 953). En términos similares, SSTSJ Comunidad Valenciana 10 de marzo 2004 (AS 3146) – que cita otras muchas del mismo tribunal.

<sup>580</sup> **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 28; y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>581</sup> SSTSJ Cataluña 14 de junio 1997 (AS 2453); y Madrid 24 de enero 1997 (AS 136), *cit.* **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>582</sup> **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>583</sup> STS 29 de enero 1989 (RJ 72).

<sup>584</sup> STSJ Cataluña 14 de junio 1997 (AS 2453).

<sup>585</sup> STSJ Navarra 31 de mayo 1996 (AS 1496). Es importante tener en cuenta que “la supuesta temporalidad de una medida, no puede impedir la calificación de ataque a la dignidad de la trabajadora”. STSJ Cataluña 6 de abril 2005 (AS 1008). Como botón de muestra, siguiendo la exposición de la STSJ Cantabria 22 de agosto 2001 (AS 3062) “no se ha admitido perjuicio alguno, los de mera movilidad horizontal dentro de la misma categoría o grupo profesional (SSTS 3 de diciembre 1990, RJ 9748; y 16 de enero 1991, RJ 52) o cuando al trabajador se le encomiendan tareas propias de su categoría (STSJ de Galicia de 11 de noviembre 1996, AS 3866), ni cuando el cambio de funciones se enmarca dentro de una organización empresarial (STSJ Cataluña 6 de octubre 1995, AS 3970)”.

50 TRET es una norma derivada del art. 1124 CC, pues, se afirma, que si ha actuado lícitamente difícilmente puede entenderse que se ha producido un incumplimiento<sup>586</sup>.

Un sector de la doctrina, a partir de la idea de que puede acudir a lo previsto en el art. 50 TRET tanto si la modificación es lícita como ilícita, estima que el supuesto del art. 50.1.a) TRET no puede interpretarse desde la óptica del incumplimiento contractual, y por tanto como una derivada del art. 1124 CC, sino desde la producción de un determinado perjuicio para el trabajador como consecuencia de la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Al margen, por tanto, de que se trate de un daño lícito o no y de su imputabilidad o no al empresario. Derivado de lo anterior, se sostiene que el fundamento de la acción resolutoria reside en el perjuicio causado al trabajador, que ya no sería el perjuicio “simple o genérico” del art. 41.3.2º TRET, sino el “cualificado”<sup>587</sup> consistente en el perjuicio para la formación profesional o el menoscabo para la dignidad<sup>588</sup>.

A nuestro entender, debe partirse de la base de que la formación profesional y el respeto a la dignidad forman parte del *contenido* del contrato. Y, en la medida que el empresario actúe redundando en perjuicio de su formación profesional o bien atentando contra su dignidad debe entenderse que ha incumplido el contrato a través de un comportamiento imputable, a pesar de que se estime que la modificación está justificada, pues, se evidencia, salvo que pruebe lo contrario, que, *por lo menos, no ha sido diligente* en el ejercicio de la facultad legalmente reconocida<sup>589</sup>. Por consiguiente, es claro que se ha producido un incumplimiento.

---

<sup>586</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, op. cit., p. 22; y **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 37.

<sup>587</sup> En términos de **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, op. cit., p. 30 y 31

<sup>588</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*, op. cit. (versión digital); **DURÁN LÓPEZ**. *Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido*, op. cit., p. 371; **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 26 y ss; **VIQUEIRA PÉREZ**. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, op. cit., p. 27; y **PALOMO BALDA**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales*, op. cit., p. 204 y 205.

<sup>589</sup> En términos similares, **DIÉGUEZ CUERVO**. *Dimisión sin causa y por incumplimiento del empresario*, op. cit., p. 1034; **RODRÍGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 160; **NOGUEIRA GUASTAVINO**. *Extinción del contrato por voluntad del trabajador*. REDT nº 100, 2000, p. 1068; y **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 269. Autora, ésta última, que afirma que, en tanto que la decisión modificativa resulta imputable al empresario, “no ha de exigirse al trabajador que quiera hacer uso de ésta vía extintiva que demuestre la existencia o no de la culpabilidad de la conducta empresarial. De la misma manera que ésta no se exige cuando la petición de resolución lo es por retrasos continuados en el pago de salarios y gratificaciones, tampoco el artículo 50.1.a) hace mención a tales exigencias, y ni siquiera el artículo 50.1.c) cuando establece como causa de resolución la no reposición, o la reposición irregular en las anteriores condiciones de trabajo, tras una declaración de injustificación”. **CRUZ VILLALÓN**, por su parte, estima que esta aseveración sólo es válida con respecto a la dignidad del trabajador y no en lo concerniente a la promoción profesional. **CRUZ VILLALÓN**. *La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo*, op. cit. (versión digital). Para la STSJ Madrid 4 de julio 2006 (AS 2007\680) los “casos señalados dan lugar a la extinción del contrato de trabajo porque ‘constituye un despido indirecto al estar sometido a una situación vejatoria y que afecta a su propia dignidad’ (STS 17 de julio 1982, RJ 4636); se trata de ‘un castigo encubierto e injustificado y una discriminación vejatoria que sin duda alguna alcanza la dignidad de la misma menoscabándola’ (STS 15 de julio 1982, RJ 4622); se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que menoscaba la dignidad del trabajador pues ‘en el plano de las relaciones sociales y sociológico le afecta por implicar un reproche claro de falta actual de idoneidad para continuar en el desempeño de las funciones de responsabilidad’ (STS 26 de noviembre 1983, RJ 5634); se ha alterado el ‘status’ en que el actor venía prestando su trabajo que le impide su formación profesional, al tener que realizar tareas muy por debajo de su categoría y capacidad y menoscabada dignidad (STS

Por otra parte, se discute si, además de las dos condiciones expuestas (modificación sustancial y perjuicio de la formación profesional o menoscabo de la dignidad), es exigible la concurrencia de la nota de gravedad. En este sentido, es claro que si se ha producido una modificación sustancial que provoca un “perjuicio cualificado” en el trabajador, por lo menos, de forma implícita, concurre la nota de gravedad<sup>590</sup>. En este sentido, la doctrina judicial afirma<sup>591</sup> que “no todo incumplimiento empresarial es susceptible de determinar la resolución del contrato de trabajo, a instancia del trabajador, sino solo aquellos cuya gravedad ‘ha de vincularse a la manifestación de una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones o a un hecho obstativo suficientemente significativo dentro de la economía del contrato, que impidiera la continuidad del mismo’”. Esto es “que la modificación de las condiciones sea grave, es decir, que afecte a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que insta la resolución y voluntaria, reveladora de una conducta pertinaz y definitiva de incumplimiento de las obligaciones contractuales”<sup>592</sup>.

En cuanto a la necesidad de que sea exigible la concurrencia de una “voluntad manifiestamente incumplidora de la empresa”, pese a que un sector de la doctrina lo descarta como opción lógica<sup>593</sup>, un numeroso sector de la doctrina judicial, con mejor doctrina, viene adoptando un planteamiento subjetivista con intensidad variada<sup>594</sup>.

---

25 de abril 1985, RJ 1921); que ‘el perjuicio a la formación profesional que puede justificar la resolución del contrato es, según jurisprudencia reiterada de la Sala, el que deriva de la degradación profesional (SSTS 25 de marzo 1989, RJ 1905; y 22 de enero 1990, RJ 800) o de la infracción del deber de ocupación efectiva’ (STS 3 de diciembre 1990, RJ 9748)”.

<sup>590</sup> **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 69.

<sup>591</sup> STSJ Madrid 18 de octubre 2005 (AS 2772), que cita la STS 15 de enero 1987 (RJ 38).

<sup>592</sup> SSTSJ Cataluña 4 de octubre 2005 (AS 2006\79); 12 de abril 2004 (JUR 193689); y 23 de marzo 2000 (AS 5496). Que citan las SSTS 7 de julio 1984 (RJ 4132); 15 de marzo y 5 de febrero 1990 (RJ 3087 y 820); 15 de noviembre 1986 (RJ 6350); 15 de enero 1987 (RJ 38); y 11 de abril 1988 (RJ 2943). *Vid.* también SSTSJ Comunidad Valenciana 21 de abril 2005 (AS 1555); País Vasco 5 de abril 2005 (AS 2184).

<sup>593</sup> **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 71: “En definitiva, por tanto, las únicas modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que pueden suscitar la aplicación del mencionado precepto son las que han sido previamente declaradas como justificadas por el órgano judicial que conoció del proceso de impugnación de la medida, o bien las que, a falta de impugnación, han de presumirse regularmente adoptadas. Es por ello que no existe la posibilidad de que una medida arbitraria dé lugar a la aplicación del artículo 50.1.a) TRET, con lo que nunca podría existir culpabilidad del empresario”. Planteamiento que no puede compartirse porque la culpabilidad no sólo puede apreciarse cuando se identifica una conducta arbitraria (es decir, la arbitrariedad no es un elemento consustancial de la imputabilidad). Por otra parte, la existencia de un comportamiento empresarial aparentemente neutro no excluye la posibilidad de que puedan producirse actuaciones arbitrarias veladas.

<sup>594</sup> Entre otras, SSTS 25 de marzo 1985 (RJ 1392); 15 de marzo y 6 de junio 1991 (RJ 1861 y 5135). *Vid.* un pormenorizado análisis al respecto en, **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 71 y ss.

b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del *salario pactado*<sup>595</sup>. Con independencia de las razones subjetivas del trabajador que le llevan a solicitar la resolución del contrato, debe seguirse un criterio objetivo de exigir reiteración y persistencia en el impago o retraso<sup>596</sup>. En este sentido, la STS 25 de enero 1999<sup>597</sup>, que menciona la jurisprudencia precedente, considera que “es necesaria la concurrencia del requisito de ‘gravedad’ en el incumplimiento empresarial, y que a los efectos de determinar tal ‘gravedad’ debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2.f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)”. En consecuencia, “concorre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, por lo que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos”. Especificándose, como ya se ha avanzado, que no es exigible que concorra un comportamiento culpable del empresario<sup>598</sup>. Interpretación que, si bien se traduce en una devaluación de la intensidad del incumplimiento exigido, “facilitando” la resolución del contrato, debe calificarse como adecuada, pues, lo que está en juego es el sustento de vida del trabajador.

De todos modos, conviene tener en cuenta que cabe la posibilidad que la acción resolutoria no prospere en el supuesto de que hubiera bien un pacto individual o bien un

---

<sup>595</sup> La responsabilidad del empresario deriva del incumplimiento de su obligación de abonar el salario y no otras partidas extrasalariales. **ALBIOL MONTESINOS**. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador*, op. cit., p. 35; y **RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 179. Por otra parte, se entiende que el salario es el debido al trabajador con independencia de la naturaleza de su fuente reguladora. **VIQUEIRA PÉREZ**. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, op. cit., p. 45; **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 77; y **NOGUEIRA GUASTAVINO**. *Extinción del contrato por voluntad del trabajador*, op. cit., p. 1074.

<sup>596</sup> Ahora bien, como premisa de partida, debe tenerse en cuenta que “la igualdad en los supuestos de hecho en materia de extinción de contratos de trabajo por falta de pago de salarios, es difícil que pueda producirse, salvo casos excepcionales, por lo que es preciso realizar una cuidada individualización de cada uno de los casos, atendiendo a las peculiares circunstancias subjetivas y objetivas configuradoras de los mismos. La falta de pago o retrasos continuados en el abono de los salarios pactados, y su incardinación o no en el artículo 50.b TRET, depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en cada caso específico concurren”. STS 13 de julio 1998 (RJ 6169).

<sup>597</sup> RJ 898.

<sup>598</sup> Según la STS 25 de enero 1999 (RJ 898), “cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador ‘ex’ art. 50.1 b) ET, con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél. En efecto, pues si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción ‘ex’ arts. 41, 47, 51 ó 52 c) ET, pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual ‘ex’ art. 50.1 b) ET a instancia de los trabajadores afectados. En suma, que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria ‘ex’ art. 50.1 b) ET, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios”.

acuerdo de empresa previo, en virtud de los cuales se hubiera determinado el aplazamiento de los pagos salariales, en cuyo caso, debe estimarse que la deuda no está vencida<sup>599</sup>.

c) La negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, cuando una sentencia haya declarado injustificado (o nulo o irregular - cabe añadir<sup>600</sup>) el traslado del trabajador o la modificación de sus condiciones sustanciales de trabajo. La sentencia dictada en un proceso de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede tener un triple pronunciamiento: que la decisión empresarial es justificada, injustificada o nula. Si la decisión judicial declara justificada la decisión empresarial, simplemente se limitará a confirmar y legitimar la decisión del empleador<sup>601</sup>. Si en cambio, el fallo la considera injustificada, el trabajador tiene derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones<sup>602</sup>. Si el empresario se opone a la restitución o no lo hace completamente, el trabajador puede solicitar la ejecución del fallo ante el Juzgado de lo Social – haciéndose una remisión al incidente de no readmisión, arts. 277 a 279 TRLPL<sup>603</sup>. La segunda opción que el art. 138.6 TRLPL brinda al trabajador es la resolución del contrato en base a la negativa del empresario a la plena restitución de sus condiciones de trabajo<sup>604</sup>.

Finalmente, si el fallo declara la nulidad de la decisión empresarial<sup>605</sup>, el empresario debe restituir al trabajador en sus condiciones de trabajo, aunque en este caso, el art. 138.7 TRLPL dispone que “la ejecución se efectuará en sus propios términos”, salvo que el trabajador inste la resolución<sup>606</sup>. En definitiva, pende sobre el trabajador la opción entre la continuidad en el puesto de trabajo en las mismas condiciones que con anterioridad a la decisión modificativa o bien la resolución indemnizada.

---

<sup>599</sup> **VIQUEIRA PÉREZ**. *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, op. cit., p. 63 y ss. *Vid.* al respecto también, **GONZÁLEZ DE PATTO**. *La perturbación del derecho del trabajo por el derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex art. 50.1.b) ET*, op. cit., p. 753; **DIÉGUEZ CUERVO**. *Dimisión sin causa y por incumplimiento del empresario*, op. cit., p. 1036; y **NOGUEIRA GUASTAVINO**. *Extinción del contrato por voluntad del trabajador*, op. cit., p. 1078 y 1079.

<sup>600</sup> **SEMPERE NAVARRO** y **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 91 y 92.

<sup>601</sup> Sin perjuicio de la facultad del trabajador de solicitar la indemnización prevista en los arts. 40.1 y 41.3 TRET. STS 21 de diciembre 1999 (RJ 2000\1426); o bien, la resolución prevista en el art. 50.1.a) TRET. De hecho, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de ejercer simultáneamente ambas acciones. STS 8 de febrero 1993 (RJ 749). *Vid.* al respecto, **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 430.

<sup>602</sup> Párrafo 3º art. 41.3 TRET y párrafo 2º 138.5 TRLPL.

<sup>603</sup> Debe entenderse por tanto que, a pesar del empleo de la conjunción copulativa “y”, debe entenderse que se refiere a la conjunción “o”. Un análisis de la problemática relativa al plazo para solicitar la ejecución de la sentencia y compartiendo la idoneidad de la conjunción “o” (en vez de la “y”) en, **GALDÓS LOYOLA**. *La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales*, op. cit., p. 1072, 1073 y 1076; **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 431 y 432; y **NOGUEIRA GUASTAVINO**. *Extinción del contrato por voluntad del trabajador*, op. cit., p. 1070 a 1072.

<sup>604</sup> Para un sector de la doctrina, no se entiende la alternativa que ofrece el citado precepto cuando el resultado final es el mismo en ambos casos. **ALBIOL MONTESINOS**, **ALFONSO MELLADO**, **BLASCO PELLICER** y **GOERLICH PESET**. *Derecho procesal laboral*, op. cit., p. 271.

<sup>605</sup> En cuanto a los supuestos de nulidad *vid. infra*.

<sup>606</sup> Ante la falta de una norma específica al respecto, debe entenderse aplicable las normas previstas para la ejecución de los despidos nulos. **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 431.

## ***2.2.- Recapitulación.***

Siguiendo el planteamiento expositivo empleado al analizar el despido, el presente epígrafe ha tratado de dar respuesta a dos cuestiones fundamentales de la norma prevista en el art. 50 TRET. Por un lado, cuál es su naturaleza jurídica; y, estrechamente relacionado con lo anterior, qué elementos del régimen jurídico-positivo inciden de un modo más sobresaliente en la promoción del empleo.

De lo expuesto, podemos colegir que la resolución del contrato a instancia del trabajador por incumplimiento empresarial imputable es un supuesto de ineficacia contractual absolutamente hermanado con la estabilidad en el empleo y perfectamente equiparable al que ostenta el empresario con el despido. El instituto, como se ha tratado de exponer, transpira por todos sus poros la idea de la conservación del negocio jurídico. Planteamiento que, a nuestro entender, no debe quedar desvirtuado por las omisiones de los apartados a) y b) del art. 50 TRET.

Desde un punto de vista dogmático, parece lógico entender que la naturaleza jurídica de esta facultad reconocida a los trabajadores es la misma que la que tiene el empresario. Contribuyendo, como se ha expuesto, a desvirtuar los planteamientos que ubican a ésta última en la órbita de la libertad de empresa; confirmando, en cambio, su *filiación* con la estabilidad en el empleo y el art. 35 CE. Extremo que, en absoluto, no debería quedar desvirtuado (sino todo lo contrario), por el hecho de que se intensifique la entidad del incumplimiento exigido para resolver. Paralelamente, como argumento (de peso) que contribuye a sostener la naturaleza resolutoria de esta facultad reconocida al trabajador, está la posibilidad legalmente admitida de compatibilizar la indemnización legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios. Posibilidad hoy, en principio, sólo admitida para las resoluciones con vulneración de derechos fundamentales, pero que debería poderse extender a todas las resoluciones injustificadas. Lo que - y perdón por la reiteración - incrementaría las garantías de los trabajadores a mantener la vida de su contrato.



### ***3.- La alteración sobrevenida de lo pactado por excesiva onerosidad por parte del empresario: la resolución del contrato como medida de protección del empleo.***

Con anterioridad, hemos tratado de ofrecer una explicación de los motivos por los que trabajadores y empresarios pueden sustraerse de lo pactado por motivos inimputables y no imposibilitantes. En síntesis, se ha afirmado que esta facultad, sin perjuicio de la intención del Legislador de proteger otros intereses, reside principalmente en la voluntad de proteger la estabilidad en el empleo. Facultad que, desde un punto de vista dogmático, se incardina dentro de la lógica contractual de la excesiva onerosidad sobrevenida.

La posibilidad del empresario de evitar el acaecimiento de estas circunstancias resolutorias es, por definición, ciertamente difícil. Especialmente, porque el control sobre los factores precipitantes del riesgo es más bien remoto, salvo que la propia novación del contrato se plantee como una medida preventiva (pero sólo frente a la resolución, no en cuanto a la propia novación - aspecto que no sería admisible, por contradecir el principio de causalidad, pues, la novación en sí misma se erigía en el motivo que justificaría su empleo). En este contexto, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, el factor verdaderamente relevante de estos supuestos resolutorios es la delimitación del nivel de riesgo requerido para justificar la resolución contractual, pues, su determinación marca la diferencia entre el incumplimiento contractual justificado y el injustificado. Distinción que no es baladí, por cuanto que, conviene no olvidar, lleva aparejadas consecuencias económicas nada despreciables (y por ende con una notable repercusión preventiva). Por otra parte, conviene tener en cuenta que en la configuración del desequilibrio contractual exigido - la idea de “empresa” u “organización productiva”, como eje fundamental sobre el que orbita la creación y el mantenimiento del empleo, es esencial.

De la cuestión relativa a las consecuencias indemnizatorias de estos supuestos resolutorios, al igual que en los motivados por una imposibilidad objetiva, se deriva una dimensión de absoluta importancia a los efectos de la estabilidad en el empleo: la decisión de política legislativa de quién debe hacerse cargo de los costes derivados de la pérdida del empleo, cuando está motivada por circunstancias que no son imputables a ninguna de las partes. Y, sobre todo, cómo este sistema de imputación de responsabilidad repercute en la decisión empresarial de iniciar una actividad económica o de incrementar su nivel de actividad. Aspectos, éstos últimos, sobre la que nos ocuparemos detalladamente en la *Segunda Parte* de este estudio.

Para poder afrontar adecuadamente esta importante cuestión, es esencial conocer detalladamente los presupuestos objetivos que posibilitan al empresario desligarse de la

prestación pactada y resolver el contrato. Análisis que, de todos modos, conviene contextualizar debidamente, pues, como ya ha apuntado la doctrina, responden a una *lógica secuencial*. Manifestación intrínseca de la voluntad por preservar la estabilidad en el empleo. El empresario, en virtud de la legalidad vigente, está facultado para alterar determinados aspectos del contenido de la relación de trabajo en determinadas circunstancias (*tasadas legalmente*, aunque con una delimitación conceptual de *textura abierta*) en las que claramente puede afirmarse que concurre una excesiva onerosidad sobrevenida. En efecto, en estas situaciones, como se sabe, el empresario puede resolver, suspender o modificar el contenido del contrato siempre que concurren las denominadas, genéricamente, ‘causas de empresa’.

Y, además, la excesiva onerosidad también opera en situaciones que no están directamente vinculadas a las denominadas ‘causas de empresa’, pues, el empresario también puede resolver el contrato si acaecen determinadas circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador - los denominados “motivos no inherentes al trabajador”, *ex art. 52 a), b) y d) TRET*. Situaciones, en definitiva, en las que la naturaleza e intensidad del riesgo exigido para resolver el contrato difiere del requerido para las citadas ‘causas de empresa’.

Finalmente, debe tenerse en cuenta, que conforme al derecho concursal, el contrato de trabajo también puede ser resuelto (además de modificado y suspendido). A pesar de que el desequilibrio contractual exigido es similar al que se exige en la resolución extraconcursal por ‘causas de empresa’, la especial naturaleza jurídica de este procedimiento recomienda su análisis en un apartado separado.

En definitiva, todas estas medidas jurídico-positivas no son más que respuestas normativas diferenciadas para hacer frente a riesgos distintos que pueden *acechar* al contrato a lo largo de la duración pactada. Por lo que es fácil advertir que su repercusión en la configuración del nivel de protección del empleo que socialmente se quiera adoptar es muy relevante.

Veamos a continuación la implicación de cada uno de estos aspectos en la configuración de la estabilidad en el empleo recogidos en los arts. 51 y 52 TRET.

### ***3.1.- Las ‘causas de empresa’ como proyección de la estabilidad en el empleo.***

#### ***3.1.1.- Planteamiento general.***

Al igual que antaño la columna vertebral de la ordenación de las vicisitudes del contrato de trabajo, al margen los incumplimientos graves y culpables, sigue basculando entorno a circunstancias inimputables, esto es: imposibilidad objetiva o excesiva onerosidad. Ahora bien, frente a la *relativa facilidad* para *constatar* la desaparición del objeto del contrato, la evaluación de la excesiva onerosidad presenta contornos más difusos.

El contrato de trabajo, en tanto que contrato conmutativo, refleja un determinado equilibrio de prestaciones y, por ende, una determinada distribución de los riesgos, en virtud de la cual, las partes consienten en obligarse a la espera de un beneficio o utilidad futura. No obstante, en la medida que no se trata de un contrato de tracto único, el riesgo es un parámetro dinámico que puede repercutir con intensidad variable en el devenir de la relación, incluso a sabiendas de las partes (lo que excluye que, como en la imposibilidad objetiva, deba tratarse de un riesgo *imprevisible*, bastando que sea *imprevisto*). En definitiva, si la conservación del negocio jurídica interesa al Derecho, por cuanto garantiza la supervivencia biológica del trabajador por medio del trabajo, lo que se plantea es hasta qué punto puede mantenerse el equilibrio de intereses originario y si es posible adaptarlo a las nuevas circunstancias sobrevenidas.

Si el riesgo oscila dentro de los parámetros del *alea* “normal” u “ordinario”, las partes deben cargar con su coste. Ahora bien, en tanto que no se trata de un contrato aleatorio, puede suceder que la causa del contrato quede afectada sustancialmente si circunstancias sobrevenidas proyectan el *alea* más allá de lo *previsto*, alterando la distribución originaria de los riesgos asumidos<sup>607</sup>. Como se ha analizado, la naturaleza de esta contingencia no sólo puede derivar de circunstancias que provoquen un daño emergente, sino que también puede apreciarse si se constata un lucro cesante<sup>608</sup>.

Desde un punto de vista práctico, la principal dificultad que plantea la teoría de la excesiva onerosidad es que, más allá de la mera dificultad subjetiva de ejecución del deudor, resulta sumamente complejo hallar los parámetros que permitan evaluar objetivamente cuándo se ha superado el *alea* “ordinario” previsto<sup>609</sup>. Esto es, “independientemente de toda consideración del nexo eventualmente existente entre la carga de la prestación y la compleja economía del deudor” (BOSELLI). Paralelamente, en función de la política legislativa que se persiga, en tanto que el riesgo “no ordinario” es una categoría que admite una graduación, debe evaluarse qué fracciones de riesgo debe asumir cada parte y qué facultades ostentan los individuos para sobreponerse al mismo.

---

<sup>607</sup> No obstante, un sector de la doctrina parece defender que en los supuestos de alteración unilateral del contenido del contrato no es exigible que concurra un acontecimiento sobrevenido, por lo que no es necesario que haya un cambio de circunstancias comparativamente con la situación precedente. **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, *op. cit.*, p. 44 y 45.

<sup>608</sup> Un análisis del motivo por el cual el Derecho del Trabajo realiza una peculiar regulación de los riesgos contractuales en, **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, *op. cit.*, p. 135 y ss.

<sup>609</sup> Recuérdese que en palabras de BOSELLI, citado por SUÁREZ GONZÁLEZ, “la noción de excesiva onerosidad debe ser buscada con referencia a los impedimentos que conciernen a la prestación considerada en su intrínseca consistencia y eficiencia o, por mejor decir, independientemente de toda consideración del nexo eventualmente existente entre la carga de la prestación y la compleja economía del deudor”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario*, *op. cit.*, p. 73. Aceptando la idea de la objetivación del interés empresarial, aunque sin enmarcarlo en la tesis de la excesiva onerosidad, **NAVARRO NIETO** y **SÁEZ LARA**. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 143.

Desde una perspectiva histórica, la positivación de la excesiva onerosidad en diversos institutos jurídico-laborales sólo puede comprenderse si se liga a la idea de la estabilidad en el empleo. Planteamiento absolutamente vigente en la actualidad. Frente a la excesiva rigidez derivada de la *firmeza* de lo inicialmente pactado, la teoría de la excesiva onerosidad y la consiguiente alteración contractual que posibilita, no sólo permite la continuidad (modificada) de las relaciones de trabajo (a costa, en ocasiones, del *sacrificio* de algunos empleos), sino que, sobre todo, contribuye a salvaguardar la actividad productiva, pues permite soslayar los costes derivados de la resolución del contrato. Lo que simultáneamente no sólo posibilita la continuidad del resto de contratos a ella vinculados, sino que además, permite un (posible) reflotamiento de la empresa y, por ende, la posibilidad de que a medio plazo se vuelvan a crear otros nuevos. La teoría de la excesiva onerosidad permite la adaptación de la mano de obra a las necesidades productivas, lo que se traduce en la posibilidad de dar continuidad al proyecto empresarial; y la conservación de la empresa interesa al Derecho del Trabajo en tanto que salvaguarda el empleo<sup>610</sup>.

Pues bien, sin solución de continuidad, la evolución de la regulación normativa de las vicisitudes contractuales por excesiva onerosidad ha sido una sucesión de intentos legales por hallar un mecanismo de valoración rigurosamente objetivo del riesgo “no ordinario”, desvinculado de la mera conveniencia del deudor. Esto es, la búsqueda de un modelo normativo que sea capaz de identificar medidas racionales en términos de eficacia de la organización productiva y de rechazar medios dirigidos a lograr *simplemente* un incremento del beneficio empresarial. Lo que se ha tratado de *descubrir* es, por tanto, una formulación jurídica que permitiera evaluar el desequilibrio del contrato, por encima de toda consideración discrecional del deudor, de toda dificultad que no provenga de la sobrevenida desproporción objetiva de las prestaciones<sup>611</sup>. En definitiva, no basta con un control de no arbitrariedad<sup>612</sup>, sino en distinguir entre lo que se ha denominado como “necesidad”, por un lado, y “conveniencia” empresarial, por otro<sup>613</sup>.

---

<sup>610</sup> En términos similares, **MONTOYA MELGAR**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial*, op. cit. (versión digital); y **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 237; y **NAVARRO NIETO** y **SÁEZ LARA**. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, op. cit., p. 144.

<sup>611</sup> Preocupación que subyace en la mayor parte de los estudios doctrinales al respecto. En este sentido, se constata que los “contornos difusos entre necesidad y conveniencia presentan indudables dificultades a la hora de discernir si la actuación empresarial se enmarca en una u otra situación”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 58. *Vid.* también, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 182.

<sup>612</sup> **GOERLICH PESET**. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 249.

<sup>613</sup> STS 21 de marzo 1997 (RJ 2615). Así, la STSJ Cataluña 8 de marzo 2005 (AS 1273) sostiene que la extinción del contrato “no puede restringirse a supuestos en los que el deterioro de la situación de la empresa lo convierta en medida inevitable al resultar ya insostenible su viabilidad futura, puesto que la propia finalidad del precepto exige su aplicación en el momento oportuno como medio de evitar el irreparable cese de la actividad y con ello la total pérdida de empleo y este momento no puede ser otro que aquél en que los síntomas de deterioro de la situación empresarial se manifiestan como graves y trascendentes, de forma que pueda razonablemente estimarse que el mantenimiento de la empresa se encuentra seriamente comprometido; tampoco puede llegarse al extremo contrario

En la medida que existe el peligro que el interés subjetivo del deudor interfiera en la valoración adecuada del desequilibrio de las prestaciones padecido, el Legislador ha pretendido *objetivar rigurosamente el riesgo* y para ello se ha tratado de identificar con el *interés de la empresa*<sup>614</sup>; o, más concretamente, con situaciones vinculadas a intereses objetivos derivados de necesidades de su funcionamiento y operatividad<sup>615</sup>. Por ello, es una constante en el Derecho del Trabajo español que la alteración de lo pactado es posible en tanto que las necesidades de la organización empresarial lo exijan, eludiéndose de este modo la – “tan temida” - discrecionalidad empresarial<sup>616</sup>; esto es, si existe un riesgo que excede del *alea* normal objetivable (excesiva onerosidad).

---

de proceder a la extinción contractual cuando no concurre circunstancia alguna que haga pensar que se encuentra en peligro la viabilidad futura de la empresa, ya que no es legítimo la utilización de esta medida aprovechando cualquier incidencia meramente coyuntural que perjudique a la empresa, para conseguir la privilegiada resolución indemnizada de la relación de trabajo que el precepto permite, cuando no queda suficientemente acreditada la situación económica negativa o que se encuentre en peligro su viabilidad futura. Y por supuesto, la mera conveniencia o utilidad para la empresa no es causa suficiente para la adopción de esta medida, cuando realmente no se encuentra en peligro el mantenimiento futuro de la actividad empresarial”. En términos similares, STSJ Canarias (Tenerife) 1 de septiembre 2005, nº 751/2005.

<sup>614</sup> Asimismo, pero centrándolo en la resolución del contrato por causas de empresa, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 820. Tesis que, de algún modo, también parece subyacer en el planteamiento de GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ cuando, analizando el régimen resolutorio del art. 51 TRET y, en concreto, las finalidades que tal medida debe perseguir, sostiene que la posibilidad de alterar el contenido del contrato, “privilegiándose el interés del empresario se hace por motivos objetivables y no por simples pretextos, con lo cual su interés ha de ser positivo y no negativo, es decir, ha de dirigirse al estricto logro de los fines legalmente establecidos y no a la elusión de responsabilidades contractuales libremente elegidas”. **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 378. **ORTIZ DE SOLÓRZANO**, analizando las causas resolutorias, habla de “salvaguardar el interés de la empresa en situaciones económicas negativas o cuando existan dificultades que impidan el buen funcionamiento empresarial”. **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**. *Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas*. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El ‘Outsourcing’” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003, p. 242. En términos similares, aunque relacionado con el régimen jurídico del art. 41 TRET, VALLEJO DACOSTA apunta que “a través del art. 41 TRET, no se protege el interés del empresario sino el interés de la empresa desde la óptica de los que se considera un objetivo de la política económica”. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 200. **RIVERO LAMAS**, analizando el art. 41 TRET también sostiene que “no es el interés privado del empresario lo que la Ley tutela, sino el interés de la empresa, para que con las medidas modificatorias pueda mejorar su competitividad y productividad”. **RIVERO LAMAS**. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET*, op. cit., p. 248. *Vid.* también **GARCÍA MURCIA**. *Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 93; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *La modificación sustancial de condiciones de trabajo*, op. cit. p. 224 y 225.

**DEL VALLE VILLAR** (citando a **SALA FRANCO**) habla de la utilización de dos conceptos diferentes de empresa: el objetivo y el subjetivo. El subjetivo “alude al titular de la empresa, y se utiliza, pues, como equivalente a la figura de empresario”; el objetivo “entiende la empresa ‘como conjunto organizado, o como marco de aplicación de las normas laborales’, es decir, ‘como el ámbito de organización y dirección que menciona el art. 1.1 ET y en el que los trabajadores prestan sus servicios retribuidos por cuenta del empresario’”. **DEL VALLE VILLAR**. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 72.

<sup>615</sup> “Exigencias objetivadas de la organización productiva” en términos de **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 60; o bien, medidas dirigidas a controlar “la racionalidad de la propia decisión empresarial de reajustar el volumen de la empresa”. **GOERLICH PESET**. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 248.

<sup>616</sup> En términos similares, **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, op. cit., p. 139 y 141. En cambio, **GARCÍA FERNÁNDEZ** entiende que el pretendido interés del Legislador de 1994 de adaptar la plantilla a la estrategia de mercado, no deja de ser un mecanismo para atender a la mera conveniencia empresarial, mientras sea mínimamente razonable. **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 113. En esta línea, **RODRÍGUEZ-PIÑERO** entiende que lo que pretende la norma es referirse “al módulo del “buen empresario”, eliminando caprichos o posiciones subjetivas, y estableciendo como estándar de referencia lo que razonablemente cualquier empresario haría en ese caso”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER**. *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo*, op. cit., p. 84.

En este análisis no debe olvidarse un aspecto apuntado con ocasión del estudio de la realidad jurídica republicana: el reconocimiento de la excesiva onerosidad como fundamento para proceder a las alteraciones contractuales y la consiguiente objetivación del riesgo, no son más que una manifestación de las demandas sociales (y políticas) de garantizar la subsistencia física por medio del trabajo. Identificándose, con nitidez, un interés público digno de tutela. Extremo que, por otra parte, pone de manifiesto una constante en la Historia del Derecho del Trabajo español: ante la incapacidad del Estado de garantizar la seguridad en el empleo, persiste la necesidad de proceder al reparto de los riesgos entre los diversos agentes implicados, aunque otorgando a la organización productiva (la empresa) un papel primordial, pues, tiene confiado el objetivo de alcanzar un orden relativamente estable<sup>617</sup>.

Pues bien, *en la actualidad*, la empresa sigue asumiendo este tipo de cargas de *tipo social* que, genéricamente, pueden englobarse en la obligación de satisfacer (con una determinada intensidad) las demandas de estabilidad en el empleo. Circunstancia que, si se nos permite, la acercan al ámbito de la *publificación*. Sigue siendo, por tanto, perfectamente válida la idea - apuntada con anterioridad - de que “si los hombres son una riqueza para la empresa, la empresa debe también ser una riqueza para los hombres” (SUPIOT). Es decir, la empresa, como medio de creación de riqueza y de satisfacción de las necesidades vitales de los componentes de la sociedad, está regida por un interés que no se identifica necesariamente con el de su propietario<sup>618</sup>. Concepción que cobra pleno sentido desde el instante que el ordenamiento jurídico *laboral* (y no otra rama del Derecho) aspira a garantizar la continuidad de la actividad productiva en el tiempo, posibilitando su adaptabilidad a las exigencias técnico-productivas, en *tanto que salvaguarda la continuidad en el empleo*<sup>619</sup>.

El “interés de la empresa” objetivamente considerado y en una dimensión jurídico-pública sigue vertebrando, por tanto, una parte sustancial de la estabilidad en el empleo<sup>620</sup>. Lo

---

<sup>617</sup> En términos similares, DEL VALLE VILLAR afirma que “con la reforma de 1994 se [da] testimonio de la importancia que el Derecho español [otorga] a la institución empresa, que [parece] consolidarse como célula del sistema económico y modo de realización habitual del derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35 CE) y, consecuentemente, de otros derechos de él derivados: vida digna, libre desarrollo de la personalidad, etc.”. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 67. *Vid.* también, ARAMENDI SÁNCHEZ. *Claros y oscuros tras la reforma del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores*. AL 1997 - III, p. 782.

<sup>618</sup> La desvinculación del interés subjetivo del empresario de la justificación de la alteración sobrevenida del contrato ha sido apuntada por un sector amplio de la doctrina laboral. *Vid.* VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 199 y 200; y CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 121. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ entienden que el interés de la empresa, es en sentido lato, el fin tutelado por la ley. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, *op. cit.*, p. 93 y 107.

<sup>619</sup> *Cfr.* FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA. *La extinción de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial*. RMTAS nº 38, 2002, p. 285 y 286.

<sup>620</sup> Idea que subyace en los planteamientos de algunas resoluciones judiciales. Por ejemplo, la STSJ Cataluña 2 de febrero 2005 (AS 660) asevera que “la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas que regula el art. 52, c del Estatuto de los Trabajadores, no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico como un sistema barato de extinguir la relación laboral cuando la empresa simplemente demuestra que no necesita los servicios del trabajador, sino como una forma de contribuir a superar los problemas que pueda estar atravesando la empresa, posibilitando la amortización de puestos de trabajo con unos costes inferiores a los ordinarios, *para contribuir de esta forma a superar*

que no debe identificarse con “la antigua concepción de la confluencia de intereses de empresarios y trabajadores, como superador de la idea de conflicto, sino de la paulatina conversión de la empresa en ‘objeto de derecho’, por su papel de creador de empleo y riqueza”<sup>621</sup>. En el fondo, el régimen jurídico de la alteración sobrevenida de lo pactado sigue respondiendo a un interés público<sup>622</sup>. Y éste no ha mutado un ápice en el transcurso del tiempo. Desde la promulgación de la LCT<sup>31</sup>, y sin solución de continuidad, el Legislador laboral ha perseguido la continuidad de la vida de la actividad productiva porque salvaguarda el empleo.

Sin embargo, *es en el modo de garantizar la continuidad de la actividad productiva donde se aprecian las diferencias sustanciales acaecidas con el paso del tiempo*. Momento propicio para profundizar sobre esta idea tan anunciada. Sobre la base de lo precedente, las profundas transformaciones del tejido económico-productivo han arrastrado, como no puede ser de otro modo, al Derecho del Trabajo a mutar *ciertos aspectos* de la estructura jurídica encargada de posibilitar la protección del empleo a través de la continuidad de la empresa. Pasándose, en síntesis, de una política legislativa eminentemente paliativa (o patológica) a otra que admite acciones preventivas.

Tránsito que empieza a gestarse a partir de la década de los años 70; y que, sin duda, responde a la mutación radical del proceso productivo nacional e internacional; y, en el que es palpable la preocupación del Legislador por facilitar los procesos de acomodación del volumen de empleo a la evolución y caracteres de los nuevos procesos de producción<sup>623</sup>.

Con anterioridad, vigente la LCT<sup>31</sup>, se entiende que el mantenimiento del vínculo contractual garantizaba no sólo la continuidad de los empleos de los trabajadores, sino que también protegía la de la empresa, al no tener que hacer frente a los costes derivados de las resoluciones contractuales<sup>624</sup>. Repárese que, paralelamente, las posibilidades legales del

---

*las dificultades de funcionamiento que inciden en la marcha de la actividad empresarial, permitiendo el mantenimiento de la misma y la conservación de los demás empleos” [la cursiva es nuestra].*

<sup>621</sup> **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 18. En términos similares, *Vid.* también, **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>622</sup> **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 200. **NAVARRO NIETO** habla de la imposición de un “control de racionalidad contrastada de la pretensión empresarial, en atención a los diferentes intereses con relevancia jurídica”, sin que se trate de “sustraer al empresario la gestión de sus recursos sino de valorar la razonabilidad o adecuación de su decisión cuando lo que está en juego es un bien jurídico y un objetivo social como es el empleo”. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>623</sup> Entre otros, **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997, p. 19; y **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>624</sup> Recuérdese que, conforme al modelo del derecho de las obligaciones y contratos civiles, la resolución del contrato sólo puede derivar si concurre una ineficacia contractual basada en un incumplimiento culpable o imposibilidad objetiva. La admisión de la crisis como causa resolutoria, desvinculándose de la lógica permitida por la normativa civil, permite al empresario desprenderse de una parte de la plantilla a un coste muy inferior al que tendría que hacer frente si su decisión se calificara como injustificada (al no concurrir un incumplimiento culpable del trabajador); y con mucha más asiduidad que en los supuestos de imposibilidad objetiva.

empresario para adaptar el contenido del contrato a las circunstancias sobrevenidas son ciertamente limitadas<sup>625</sup>.

La etapa franquista, especialmente en una primera fase, toma el relevo del modelo republicano y lo acentúa, adaptándolo a las particulares circunstancias políticas y económicas que la caracterizan. Ahora bien, en lo esencial – desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, claro está –, al igual que durante la II República, la imposibilidad de impulsar la creación de nuevos puestos de trabajo fuerza la necesidad de intensificar la protección del empleo existente, como única medida de política de empleo, como ya se ha expuesto con anterioridad. En base a estos parámetros, es lógico pensar que cualquier alteración contractual (y, especialmente, la resolución) quede, por tanto, desligada de la gestión normal de la empresa, circunscribiéndose a escenarios estrictamente patológicos.

Como se sabe, la normativa republicana y la franquista presentan, no obstante, numerosos planteamientos en común y este aspecto no es una excepción. Ambos ordenamientos jurídicos parten de la idea de que la organización productiva, en tanto que aglutina una suma de intereses que exceden del individual de su propietario, debe asumir (cargar) con ciertos riesgos, a costa del interés del empresario, salvo cuando la situación es prácticamente irreversible. Es decir, a no ser que se ponga en peligro la vida de la organización o, de otro modo, la libertad de ser empresario, la empresa debe cargar con el coste derivado del mantenimiento del empleo (aunque redunde negativamente en su rentabilidad o productividad)<sup>626</sup>.

Sin embargo, este modelo, válido en una economía cerrada y poco industrializada, se muestra escasamente eficaz a medida que la economía española se expande, se integra paulatinamente en el modelo económico internacional y las innovaciones tecnológicas empiezan a dictar el devenir del proceso productivo<sup>627</sup>.

No obstante, a pesar de estos cambios, la acción normativa es incapaz de prever o adelantarse a los nuevos tiempos que se avecinan, pues, las innovaciones jurídicas de 1972<sup>628</sup>, 1976<sup>629</sup>, 1977<sup>630</sup> y 1980<sup>631</sup>, en el fondo, lejos de alcanzar los objetivos previstos, resultan sumamente descafeinadas y siguen arrastrando las inercias del pasado. Lo que se traduce en el

---

<sup>625</sup> Junto a la naturaleza extraordinaria del *ius variandi*, la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato está supeditada a los procedimientos de resolución contractual por falta de trabajo y siempre a propuesta del órgano corporativo o la administración. No obstante, el estallido de la guerra y el estado de inestabilidad previo que caracteriza este período impide que pueda realizarse una valoración adecuada de las medidas legales propuestas para paliar el problema del desempleo.

<sup>626</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 127.

<sup>627</sup> Vid. ALEMÁN PÁEZ. *Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo?*, op. cit., p. 48.

<sup>628</sup> Decreto 3090/1972, 2 de noviembre, política de empleo (en adelante, DPE'72)

<sup>629</sup> LRL'76.

<sup>630</sup> RDLRT'77.

<sup>631</sup> Ley 8/1980, 14 de marzo, Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET'80).



encorsetamiento normativo de la capacidad de adaptación y respuesta de la organización productiva de la empresa a las exigencias del patrón que disciplina la nueva economía, la *competitividad*<sup>632</sup>. Y ésta se identifica con la *viabilidad o pervivencia de la empresa en cuanto fuente de empleo, de modo que se convierte en el paradigma del mantenimiento y la creación del empleo*.

De no entenderse así, difícilmente podría aceptarse que el Derecho del Trabajo admitiera la alteración de lo pactado por ‘causas de empresa’. Sin duda, la estabilidad en el empleo es el objetivo social perseguido por la reforma de 1994. Ahora bien, a diferencia de los modelos precedentes, la particularidad de la reforma de 1994 es que se aspira a dotar al sistema de un carácter de permanencia, frente a la naturaleza esencialmente coyuntural que se ha acostumbrado a atribuir a todas estas normas desde 1935 (aunque, el paso del tiempo ha acabado por demostrar su carácter persistente).

En un contexto productivo movido por el objetivo de la competitividad, la continuidad de la empresa no sólo se ve amenazada en situaciones estrictamente críticas, sino en situaciones de riesgo menos intensas. Por consiguiente, ante el cambio del escenario económico, se pretende que el sistema jurídico posibilite situaciones de *racionalización* de la organización productiva que permita la adaptación a las circunstancias de un escenario productivo en constante evolución. El empresario debe disponer, por tanto, de instrumentos para ajustar la plantilla cuando tal necesidad se configure no sólo como imprescindible, sino como razonable<sup>633</sup>. En este contexto, lo que prima es la capacidad de adelantarse a las potenciales dificultades que pueden amenazar la viabilidad el proyecto empresarial. Luego, deben permitirse reacciones preventivas o anticipatorias, sin necesidad de aguardar a que los problemas del futuro tengan que concretarse en un desequilibrio actual (y patológico). Y, todo ello, con el objetivo de garantizar la competitividad de la empresa y, con ella, su subsistencia y la de los empleos a ella vinculados. Y, el resultado de esta ecuación es siempre positivo, pues, se entiende que la ventaja que individual y colectivamente se obtiene al preservarse el empleo supera con mucho al perjuicio particularizado de cada trabajador individualmente afectado por la alteración contractual.

El problema de fondo del planteamiento seguido en la reforma de 1994 es que la competitividad es un concepto económico siempre optimizable – que incluso, ha llegado a calificarse como peligroso (KRUGMAN). Como ya se ha avanzado al analizar la repercusión de la reforma de 1994 en la configuración del principio de estabilidad en el empleo, la necesidad de crear un contexto competitivo y la consiguiente necesidad de articular un sistema flexible

---

<sup>632</sup> PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 46. O, incluso, “hipercompetitividad”. DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA. *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999, p. 523. MOLINA NAVARRETE, MOLINA HERMOSILLA y VILLAR CAÑADA. *Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997*. TL nº 54, 2000, p. 86.

<sup>633</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 135.

de las relaciones de trabajo, se ha traducido en la identificación (errónea) de dos planteamientos: incremento de la eficiencia del sistema legal y el menor intervencionismo del Estado (desregulación). Identidad que, como se tratará de demostrar posteriormente, no es válida en cualquier circunstancia. O, dicho de otro modo, desde la perspectiva analítica de la economía, la eficiencia económica no está reñida con el intervencionismo.

### ***3.1.2.- El desequilibrio contractual exigido para justificar las vicisitudes contractuales: el ‘alineamiento funcional’ como medida de protección del empleo.***

El nudo gordiano de la resolución del contrato por ‘causas de empresa’ es, como se viene exponiendo, la concreción legal del nivel de riesgo exigido para justificar la ineficacia sobrevenida del contrato. A pesar de que el objeto de este apartado es el análisis de la resolución del contrato, es importante advertir que, a la hora de delimitar “el nivel de riesgo” legalmente exigido es conveniente contextualizarlo en el seno del conjunto de facultades de alteración que el empresario tiene reconocidas, especialmente, si se admite como válida la teoría del ‘alienamiento funcional’ o de la ‘secuencialidad’ de las facultades de alteración que tiene reconocidas el empresario. Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente al respecto<sup>634</sup> y teniendo en cuenta la imprecisión de la norma a la hora de delimitar el sentido de las ‘causas’, es probable que el medio más idóneo de concreción del riesgo que excede del “alea” normal sea su delimitación en su conjunto, esto es, tomando como referencia y comparando las diversas intensidades de riesgo exigidas para modificar, suspender o resolver el contrato. Y, en este sentido, el repaso de los elementos teórico-conceptuales que fundamentan la estabilidad en el empleo, en lo que se refiere a la excesiva onerosidad y a las denominadas ‘causas de empresa’, así como reconocimiento en la normativa precedente más reciente, se van a erigir en una fuente de información muy valiosa para la comprensión del nivel de riesgo exigido en la actualidad.

---

<sup>634</sup> Vid. Epígrafe I.3 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

### ***3.1.2.1.- Breve repaso a los planteamientos teórico-conceptuales que inspiran la estabilidad en el empleo conforme a la legalidad jurídico-laboral democrática.***

El punto de inflexión en el cambio de paradigma, no debe atribuirse en exclusiva a la reforma de 1994, sino que el cambio de orientación empieza a apreciarse a partir de las reformas terminológicas y sustantivas que introduce el ET'80, siguiendo la pauta marcada por el DPE'72, la LRL'76 y el RDLRT'77<sup>635</sup>. Las diferencias con sus precedentes más remotos son evidentes, pues, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, la norma legal se desprende definitivamente de la negatividad originaria propia del término “crisis”, para sustituirlo por el de “causa” o “razón”, cuya negatividad, en todo caso, es derivada<sup>636</sup>. El cambio es sustancial, pues, denota que no es inmanente al concepto de “causa” la existencia de una situación patológica de la organización productiva, sino que también es predicable para la adaptación a las exigencias de la competencia y el mercado<sup>637</sup>. Extremo que, como ya se ha expuesto, contribuye decisivamente al progresivo desapego positivo de la excesiva onerosidad con respecto de la imposibilidad objetiva, a la que en el curso de la Historia española se la había tendido a hermanar deliberadamente<sup>638</sup>.

No obstante, como ya se ha adelantado, aceptados estos términos, se plantea un problema de gran calado jurídico, porque, frente a la (relativa) facilidad para constatar situaciones próximas a la crisis imposibilitante, ahora surge la necesidad de precisar los contornos de lo que *objetivamente* debe entenderse por *excesivamente oneroso*. Es decir, dónde acaba

---

<sup>635</sup> El art. 76.7 LCT'44 establecía que “el contrato de trabajo terminará por cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones legales en vigor”. Y, el DCr'44 estaba redactado en términos extraordinariamente imprecisos puesto que “aparte de que en ninguno de sus preceptos se refiere específicamente a las precitadas situaciones de crisis, su fundamental artículo primero sujeta la necesidad de autorización administrativa previa, general y sencillamente, “a toda empresa para suspender o cesar en sus actividades y, por consiguiente, para dar por suspendidas o extinguidas, según los casos, sus relaciones laborales con el personal”. **ALONSO OLEA.** *El Despido*, op. cit., p. 61. Posteriormente, el Decreto 16 de junio 1954 (BOE 25 de julio) que regula el subsidio de paro tecnológico, especifica la necesidad de obtener la autorización previa de los órganos administrativos en los supuestos de paro motivado por la introducción de medidas de carácter técnico o de nuevos métodos de trabajo que den lugar a un incremento de la productividad (art. 3). Por su parte, el art. 11 Orden 11 de diciembre 1959, que desarrolla el Decreto 26 de noviembre de 1959, dispone que se entenderán como causas justificativas de las dificultades producidas por situaciones coyunturales económicas: defectos de estructura, mala situación financiera y demás de análoga naturaleza. Disposiciones finalmente derogadas por la Ley 62/61, de 22 de julio (BOE 24 de julio), que regula el Seguro de Desempleo. En definitiva, el ámbito objetivo del DCr'44 se extiende a toda situación crítica que origine alguna de las medidas referentes al personal que se citan en el mencionado decreto, previsibles o imprevisibles para el empresario, ya sean económicas o no, voluntarias o involuntarias. **SAGARDOY BENGOCHEA.** *El despido laboral y los expedientes de crisis*, op. cit., p. 196; y **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 172

<sup>636</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN.** *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 75. Proceso que como apunta el propio autor, se aprecia en algunos textos anteriores (p. 76). *Vid.* también al respecto, **SELLAS I BENVINGUT.** *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 95 a 102.

<sup>637</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital).

<sup>638</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe I del Apartado A del Capítulo IV (Primera Parte).

el riesgo propio de un contrato (*alea* normal); o, desde la otra perspectiva, a partir de qué instante debe entenderse que se ha producido un daño emergente o un lucro cesante de entidad suficiente como para justificar la alteración sobrevenida de lo pactado. De nuevo, recuérdese que la precisión de este concepto es fundamental, pues, delimita la diferencia entre la extinción justificada y la injustificada, con las consiguientes consecuencias económicas y su repercusión en la mecánica preventiva de la estabilidad en el empleo.

Desde posturas estratégicas de política legislativa, la tarea no tiene fácil solución. La descripción normativa detallada que circunscriba sustancialmente el papel del juzgador (administrativo o judicial) tiene el peligro de que acabe resultando poco flexible a las cambiantes circunstancias de la vida empresarial y asfixie todo el modelo<sup>639</sup>. En el otro extremo, el peligro de una norma de contornos vaporosos que delegue a un tercero su concreción no está exento de objeciones, porque, si se nos permite, “*desjuridifica*” la solución, ubicando el conflicto en la órbita de los conflictos de intereses o, incluso, en una dimensión económico-política. En definitiva, la amenaza de los juicios de oportunidad redundará en perjuicio de la seguridad jurídica.

Frente a estas dos alternativas, con el fin de articular un mecanismo capaz de absorber las diversas realidades sociales y económicas fruto de su evolución dinámica y progresiva, el Legislador español de 1980 opta por un modelo inspirado en la segunda. Esto es, recurso a conceptos jurídicos indeterminados y concreción posterior (casuística) a través de la intervención de los órganos administrativos y/o judiciales. A la espera de que éstos supieran (y quisieran) seguir en paralelo la senda dictada por los sucesivos escenarios económicos y productivos. Con el riesgo, por otra parte, de que las inercias del pasado pautaran la trayectoria a seguir, ralentizando sustancialmente la flexibilidad perseguida<sup>640</sup>. En definitiva, como ya se ha avanzado, es claro que con esta solución legal se atribuye a los Tribunales la solución de una serie de conflictos que exceden de la función jurisdiccional, aproximándolos a juicios “paralegales” o, si se prefiere, político-económicos.

El ET’80, al igual que sus predecesores, reconoce la posibilidad de alterar el contenido del contrato (modificándolo, suspendiéndolo e incluso extinguiéndolo) por causas no inherentes a la persona del trabajador, en aras fundamentalmente de adaptar la relación contractual a las nuevas circunstancias productivas y, con ello, dar continuidad a la relación contractual, pese a lo originariamente pactado. Al igual que el RDLRT’77, las circunstancias

---

<sup>639</sup> Cfr. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 68.

<sup>640</sup> Vid. al respecto también, DURÁN LÓPEZ. *El tratamiento de los despidos económicos no colectivos en la evolución normativa y jurisprudencial*. RMTAS nº 58, 2005, p. 290.

que justifican la alteración sobrevenida se enumeran con una terminología prácticamente homogénea<sup>641</sup>.

Aunque con algunos matices: las “razones técnicas, organizativas o productivas” constituyen el elemento necesario para la adopción de las decisiones de movilidad geográfica y de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo<sup>642</sup>. Las suspensiones se supeditan a la concurrencia de “causas tecnológicas y económicas”; y el art. 51.2 ET’80 hablaba de “causas económicas o motivos tecnológicos”<sup>643</sup>. Al igual que en su momento se hizo con las extinciones que afectan a un grupo de trabajadores, el ET’80, siguiendo la pauta marcada por el RDLRT’77<sup>644</sup>, posibilita que la excesiva onerosidad pueda afectar a relaciones individuales concretas. Enumerándose cuatro supuestos (subsumidos en las – mal - denominadas “causas objetivas legalmente procedentes” del art. 49.12 ET’80<sup>645</sup>), de los que conviene destacar a los efectos de este epígrafe, la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado” en las empresas de menos de 50 trabajadores (el apartado c. del art. 52 ET’80)<sup>646</sup>; sin que a los efectos de las causas hubiera diferencia alguna con respecto a las establecidas en el art. 51 ET’80.

---

<sup>641</sup> Queda fuera la regulación del *ius variandi*, cuyo ejercicio, cuando se concretaba en el ejercicio de funciones de categoría inferior se supeditaba a la concurrencia de “necesidades perentorias e imprevisibles” (art. 23.4 ET’80). Un estudio de la problemática suscitada entorno a esta facultad durante la vigencia del ET’80, **ORTIZ LALLANA**. *Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica*. RL 1987 - II, p. 544 y ss.

<sup>642</sup> Los arts. 40 y 41 ET’80 hablaban respectivamente de que “existan razones técnicas, organizativas o productivas” y cuando “existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas”. Con anterioridad, el DPE’72 utiliza la expresión “fundada en causas tecnológicas o económicas”. La LRL’76 exigirá la necesidad de concurrencia de “probadas razones técnicas, organizativas o productivas”.

<sup>643</sup> El art. 45 RDLRT’77 mantuvo la vigencia del art. 18 LRL’76 sin modificaciones al respecto, refiriéndose a “causas económicas y tecnológicas”.

<sup>644</sup> El RDLRT’77 supuso la facilitación de las resoluciones contractuales individuales basadas en “necesidades de funcionamiento de la empresa”, pues, la exigencia de la autorización administrativa previa desaparecía (art. 39 y ss.). A partir de este instante, el empresario, concurrentes las mencionadas necesidades y siempre que existiese “la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas”, podía resolver el contrato de trabajo (art. 39.1.c). Recuérdese que con anterioridad (DCr’44, DPE’72 y LRL’76), la extinción de un solo contrato requería la previa autorización administrativa, aunque, especialmente durante la vigencia del DCr’44, se plantean dudas respecto del número de trabajadores que deben quedar afectados por la crisis. Un sector de la doctrina entiende que sólo es aplicable a los supuestos que afecten a un colectivo de trabajadores. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 61; **PÉREZ BOTIJA**. *Curso de Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid 1955, p. 278. De hecho, la STS 30 de octubre 1953 declaró que el ámbito de aplicación del DCr’44 sólo era aplicable a los supuestos en los que queden afectados colectivamente todos los trabajadores. No obstante, otro sector entiende que la autorización previa de la administración puede afectar a los supuestos que afecten a uno o a la totalidad de la plantilla, salvo que se trate de un supuesto de despido motivado por incumplimiento del trabajador. **GUILARTE**. *Manual de Derecho del Trabajo*. Lex Nova. Valladolid, 1960, p. 303. Finalmente, la STCT 4 de diciembre 1964 declara que el DCr’44 “establece la necesidad de autorización para modificar las condiciones en que se desenvuelven las relaciones laborales, sin distinguir entre la singularidad o pluralidad de los mismos, debiendo entenderse, en consecuencia, aplicable tanto a una norma como a otras”.

<sup>645</sup> Una crítica a esta denominación en, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 166.

<sup>646</sup> Precepto que resultó mucho más restrictivo que su precedente, puesto que se *recargó* de requisitos. La causa se concretaba en la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado” siempre que, primero, la empresa no alcanzara los 50 trabajadores; segundo, no fuera posible destinar al trabajador afectado a otro puesto de trabajo de la empresa en la misma localidad o en otra si el trabajador accediera a ello; y, tercero, si en el plazo de un año se creaba de nuevo el puesto amortizado, el trabajador afectado tendría preferencia absoluta a

Pues bien, a pesar de esta heterogeneidad terminológica (“razones”/“causas”/“motivos”), la doctrina estimó que disfrutaban de una naturaleza común, por lo que no debía atribuírsele virtualidad tajantemente diferenciadora, debiéndose referir genéricamente a “necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”<sup>647</sup>.

En lo relativo al alcance y significado de las causas que se enumeran (económicas, técnicas, organizativas y de producción), se plantean problemas interpretativos importantes porque, aunque es cierto que, desde un punto de vista jurídico, el concepto existe, dado que está recogido en una norma, el Legislador no especifica su significado legal<sup>648</sup>. Sin perjuicio de lo que se apuntará posteriormente, la doctrina ha entendido que, pese a que pueda sostenerse una conceptualización diferenciada entre las diversas causas, debe llegarse a la conclusión de no son tan heterogéneas que no puedan reducirse a un mínimo común denominador; todas ellas son “manifestaciones de una única causa objetiva o fundamentación última económica, por cuanto todas ellas comparten el común objetivo de mejorar la situación económica de la empresa en el mercado, o empresarial, calificativo que quiere expresar que ‘la causalidad está referida a circunstancias relacionadas con la empresa en cuanto tal, en cuanto unidad en el sistema económico’”. Teniendo presente que “la sustancia definidora de las cuatro causas que el Legislador parece querer separar es económica” y que “las necesidades empresariales, a la postre, siempre tendrán una traducción económica”<sup>649</sup>.

---

ocuparlo. **MONTOYA MELGAR**. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\123).

<sup>647</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 73.

<sup>648</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 73. **SELLAS I BENVINGUT**, recogiendo el criterio de **MARTÍNEZ EMPERADOR**, entiende que el Legislador sí proporciona la definición de las causas, aunque “lo hace de tal forma que intenta evitar que, a partir de una significación dada, determinada por una proposición declarativa clara, exacta y concreta, no sólo se *encorseten* legalmente unos conceptos jurídicos de los que debe predicarse necesariamente la flexibilidad, sino que se condicione de entrada la finalidad ulterior de alcanzar el equilibrio flexible mediante el fomento del ejercicio democrático y convencional de los instrumentos de gestión de las relaciones laborales por parte de sus propios protagonistas”. **SELLAS I BENVINGUT**. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 115.

<sup>649</sup> **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 39. Para **SAGARDOY BENGOCHEA**, la distinción entre causas económicas y no económicas, resulta una “artificiosidad”, “pues a la postre toda crisis deviene en “económica””. **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Sobre las crisis laborales o económicas: concepto*, op. cit., p. 139 y 146. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS** entienden que “sostener la existencia de una racionalidad técnica u organizativa independiente de la racionalidad económica no es sino incurrir en un “ingenuo tecnocratismo””. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., nota 128, p. 703. **DURÉNDEZ SÁEZ** habla de la existencia de un “sustrato común” que bien “puede expresarse con la vieja noción de crisis laboral o económica”. **DURÉNDEZ SÁEZ**. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 166. En cambio, **DEL REY GUANTER** sostiene el término “empresarial”, descartando el “económico” porque dicho término “ha sido el principal origen de los desfases de la regulación de los *despidos* colectivos que precisamente la nueva regulación [el TRET] intenta evitar” [la cursiva es nuestra]. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 172 y 173. En términos similares, **MATÍA PRIM**. *Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral*, op. cit., p. 24; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital); **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 405; **MONTOYA MELGAR**. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 64; y **DESDESTATADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 260. Centrado en la

Lo que, desde un punto de vista dogmático, reafirma su incardinación en el dominio de la excesiva onerosidad. En este sentido, entendemos que sigue siendo válido el significado propuesto por SUÁREZ GONZÁLEZ, esto es, “la ruptura de equilibrio entre trabajo y producción o entre producción o consumo, que [obliga] al empresario a dar demasiado para obtener a cambio demasiado poco”<sup>650</sup>.

La jurisprudencia, por su parte, a partir de lo que se ha calificado como una concepción interpretativa restrictiva, ha sido identificada como la causante de la rigidez del planteamiento normativo del ET<sup>80</sup><sup>651</sup>, que *a priori* resultaba suficientemente flexible, aunque ésta no sea una cuestión pacífica<sup>652</sup>. Entendiéndose que, lejos de proceder a una definición precisa de los términos, centró su atención en la *determinación de los criterios de aplicación* en cada caso concreto<sup>653</sup>, circunscribiéndolo fundamentalmente a situaciones de crisis, próximas, por tanto, a la imposibilidad objetiva. Así, se le ha achacado que “en vez de considerar a la causa económica suficiente para producir una modificación, suspensión o extinción de los contratos se le atribuía relevancia sólo en tanto que era originadora de la crisis económica. De la relevancia de la causa se pasaba, así, a la relevancia de la crisis económica provocada por una causa económica”<sup>654</sup>.

Interpretación que repercutía sustancialmente en la configuración del modelo legal dirigido a adaptar la estabilidad en el empleo a las nuevas necesidades empresariales, pues, - como se ha visto - seguía equiparando la excesiva onerosidad a la imposibilidad objetiva, repercutiendo en la graduación y evaluación del riesgo y restringiendo sustancialmente el campo de aplicación de la norma. Pero no sólo eso, porque, paralelamente afectaba a la línea de flotación de la coherencia dogmática del sistema, desdibujando sustancialmente su concepción y fomentando la *diáspora* hacia nuevas construcciones que se han estimado *más acordes* con la

---

modificación sustancial de las condiciones de trabajo, VIDA SORIA. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 83.

La STS 6 de abril 2000 (RJ 3285) apunta que “las causas distintas de la económica tienen un fuerte componente de ese carácter económico tratándose de empresas con estos fines, ya que constituye la razón de existencia de las empresas”.

<sup>650</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos*, op. cit. (versión digital). Definición ya apuntada en su obra, *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 211.

<sup>651</sup> CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 36.

<sup>652</sup> RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER. *Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo*. RL 1993 - II, p. 28. *Cit. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 133; y MARTÍN VALVERDE. *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, op. cit., p. 166. En contra, RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 337.

<sup>653</sup> SELLAS I BENVINGUT. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 118.

<sup>654</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 133. Aunque lo cierto es que, como recoge SEMPERE NAVARRO, la jurisprudencia ha reconocido que “de forma expresa que constituye ‘tarea ardua de labor interpretativa y explicativa la de dar contenido a los conceptos’ utilizados por el Estatuto de los Trabajadores al respecto” (STSJ La Rioja 21 de abril 1995, AS 1373). Mostrando incluso “cierta desazón acerca de las dificultades existentes para alcanzar una solución clara”; afirmándose incluso que “nuestro ordenamiento jurídico no ofrece excesivas pistas para averiguar cuál es el concreto interés de la empresa que el Legislador ha considerado merecedor de tutela” (STSJ Galicia 16 de enero 1995, AS 139). SEMPERE NAVARRO. *Un nuevo posicionamiento sobre la causa económica en los despidos (Comentario a la STSJ Navarra 28 de noviembre 1997)*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1272).

realidad jurídico-laboral, con las necesidades organizativas de la empresa y, sobre todo – se ha afirmado –, con la identidad del Derecho del Trabajo<sup>655</sup>.

La reforma de 1994, tratando de seguir las líneas trazadas por el nuevo escenario económico-productivo – ya apuntadas –, aspira a alterar el curso interpretativo de los Tribunales y órganos administrativos, pero sin solución de continuidad con la legislación precedente. Desde perspectivas de estrategia legislativa no se aprecian excesivos cambios sustanciales, pues el Legislador sigue apostando por un modelo normativo de *textura abierta*, delegando su concreción a un tercero<sup>656</sup>. En efecto, sin romper con el principio de causalidad ni alterar el contenido de las causas, se aspira a posibilitar la *reorganización empresarial permanente* flexibilizando su *comprensión*<sup>657</sup>; desvinculándolas, en definitiva, de la normación de situaciones exclusivamente patológicas<sup>658</sup>. Así, el eje vertebrador de la causalidad ya no gira exclusivamente

---

<sup>655</sup> Aspectos que ya han sido tratados con anterioridad.

<sup>656</sup> Así, “el Legislador ha querido dotar a los conceptos manejados de la ambigüedad suficiente para dar cabida a distintas opciones aplicativas”. **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 40 - en términos idénticos, STSJ Navarra 28 de noviembre 1997 (AS 4620). Autora que, en un primer momento, rechazó la limitación del control judicial a la mera comprobación de las exigencias formales o procedimentales, y abogando por extender sus facultades al control sobre el fondo, esto es, sobre la existencia de la causa en sí y su nexa con las medidas que pretende adoptar el empresario (CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 34 y 35). SALA FRANCO (analizando el fundamento que justifica el recurso al art. 40 TRET) entiende que “La ambigüedad de esta ‘explicación legal’ - que, desde luego, pretende la mayor rentabilidad empresarial - es de tal calibre que no hace sino trasladar el problema a los tribunales laborales que gozarán de un margen amplio de discrecionalidad interpretativa”. **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, op. cit., p. 103.

MARTÍNEZ EMPERADOR, por su parte, juzga positivamente esta inconcreción legal, pues de otro modo, se introduciría un indeseable elemento de rigidez. **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo*. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996, p. 122. ALONSO OLEA entiende que la reforma de 1994 conlleva una “judicialización extrema”. Además, al restringirse la autorización administrativa a determinados supuestos concretos, atribuyéndose el resto directamente a la jurisdicción social, se perdía la depuración que el expediente administrativo forzaba. **ALONSO OLEA**. *La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter*. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 20. *Vid.* también, **MONTALVO CORREA**. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, op. cit., p. 330.

Sin embargo, en la actualidad, la tendencia se ha reconducido hacia otro tipo de demandas. Concretamente, se está generalizando la demanda de mayores niveles de flexibilidad, esto es, de mayor liberalización y aparición de límites específicos, especialmente en el régimen resolutorio por causas de empresa, porque el régimen jurídico vigente, carente de parámetros de evaluación universales y supeditado a la evaluación judicial y administrativa, a altos niveles de aleatoriedad e inseguridad. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Poder de dirección y derecho contractual*, op. cit., p. 10.

<sup>657</sup> No obstante, lo cierto es que con la reforma no sólo se ha pretendido clarificar el concepto de causa, sino que, con la extensión de las razones productivas y organizativas, también se ha querido dar a entender que ya no es necesario que la justificación de la medida a adoptar deba residir en una exigencia de estricto carácter económico. **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 48.

<sup>658</sup> **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 40; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 177; y **MONTALVO CORREA**. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, op. cit., p. 326 y 327.

Por otra parte, un aspecto sumamente relevante es el hecho de que la reforma de 1994 posibilita la reconducción de una práctica empresarial proclive a canalizar la resolución del contrato por motivos de empresa a través del despido improcedente, con el fin de eludir los trámites más gravosos del expediente de regulación de empleo. Lo que paralelamente redundará en la reducción de los costes económicos aparejados a la resolución por causas de empresa (circunstancia que se confirma con la previsión del art. 33.8 TRET). *Vid.* extensamente, **CRUZ VILLALÓN**. *Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos*, op. cit., p. 16 y ss.; y **CAVAS MARTÍNEZ**. *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*, op. cit., p. 121.



entorno a situaciones críticas, sino sobre la *razonabilidad* según los términos de la productividad, viabilidad y la competitividad empresarial<sup>659</sup>.

Repárese que, tal y como ha indicado la doctrina, los términos de la normativa, especialmente de los preceptos relativos a la resolución, evidencian la inexigibilidad de una total y absoluta satisfacción de los *finés* a través de las *medidas*, ya que éstas han de *contribuir* o *ayudar* a la consecución de determinados objetivos. Es decir, la alteración de lo pactado debe integrarse en un contexto de reacción más amplio, como una contribución *más* a la superación de un obstáculo. No es exigible, por tanto, que la superación del desequilibrio dependa principal y directamente de la adopción de la medida<sup>660</sup>. Cambio que debe interpretarse como un incremento del espacio de operatividad de las diversas alteraciones contractuales, y de las posibilidades de adoptar medidas de racionalización empresarial. O, en otros términos, se reconoce la legitimidad de alteraciones contractuales en estados de riesgo “no ordinario” menos graves, que no tienen que identificarse necesariamente con situaciones críticas o irreversibles. Lo que, sin duda, supone una cierta cuantificación normativa de dicho riesgo (aunque, como se analizará, extraordinariamente imprecisa y etérea).

En definitiva, la reforma trata de distanciar la concepción de las ‘causas de empresa’ de las situaciones de crisis irreversible, y sobre todo, de la imposibilidad objetiva. Para ello, centra su atención en la configuración normativa de un modelo que permita constatar el desequilibrio contractual. Es decir, se aspira a intensificar la depuración normativa del concepto de riesgo “no ordinario”, desvinculándolo simultáneamente de situaciones de mera dificultad subjetiva de ejecución del empresario y de los escenarios patológicos e irreversibles. Extremo que no se desvirtúa por el hecho de que las alteraciones contractuales obedezcan a una valoración previa del empresario<sup>661</sup>, porque, no sólo debe exteriorizar razonadamente su motivación, sino que la misma debe oscilar dentro de determinadas coordenadas de la gestión de la empresa<sup>662</sup>.

Es en este sentido, es decir, en la delimitación objetiva de los parámetros empresariales que legitiman la alteración contractual, donde se observa el mayor esfuerzo realizado por el Legislador. Se intuye el interés por establecer una especie de catalogación de las medidas que

---

<sup>659</sup> PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 46. Lo que se ha calificado como una “deseconomización de las causalidad”, en el sentido, de que las causas “no tienen por qué relacionarse de por sí con situaciones económicas críticas”, sino que son causas que “pueden venir dadas por reorganizaciones del proceso productivo (...) o por cambios en el producto”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 177.

<sup>660</sup> GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 378; y MONTROYA MELGAR. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 60.

<sup>661</sup> Aunque, como se sabe, los representantes de los trabajadores también están legitimados para incoar el expediente de regulación de empleo (art. 51.9 TRET).

<sup>662</sup> GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 376 y 377.

pueden adoptarse en un proceso de racionalización empresarial<sup>663</sup>; detallándose las esferas de la empresa que pueden quedar sobrevenidamente afectadas y motivar una alteración de lo originariamente pactado. Destacándose la existencia de un distinto nivel de interdependencia entre las causas, de forma que “a veces pueden darse unas sin otras y en otras ocasiones pueden aparecer ligadas”<sup>664</sup>.

Es palpable la voluntad de diseñar un modelo en el que la lógica interna del sistema legal supere los *particularismos* implícitos en la organización productiva, protegiendo, a través de su objetivación, la proyección de la ponderación de intereses concurrentes (principios de continuidad y viabilidad de la empresa/estabilidad en el empleo). Estadio en el que emerge, de nuevo – y con extraordinaria intensidad –, el “interés objetivo de la empresa”<sup>665</sup>. Interés que se identifica con la continuidad de actividad productiva, en tanto que – como ya se ha apuntado repetidamente – salvaguarda la continuidad de los contratos, y que, como proclama la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, está condicionado por el incremento de la competitividad y de la productividad<sup>666</sup>.

De todos modos, este modelo no alcanza plenamente sus objetivos, y tiene que retocarse levemente<sup>667</sup>. La reformulación normativa de 1997, centrada en la denominada “movilidad externa”, trata esencialmente de flexibilizar el régimen resolutorio del art. 52 c) TRET con respecto al del art. 51 TRET<sup>668</sup>. Pero también aspira, por un lado, a acabar con la dispersión interpretativa judicial que posibilita la redacción de 1994; y, por otro, alcanzar una

---

<sup>663</sup> PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 49.

<sup>664</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 178.

<sup>665</sup> MONEREO PÉREZ. *Art. 51*, op. cit., p. 614 y 615.

<sup>666</sup> “Aunque se trate de dos variables empresariales diferentes, productividad y competitividad en algunos casos están estrechamente relacionadas. Así, una empresa sin duda será más competitiva si mejora su productividad”. SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 118.

<sup>667</sup> PRADOS DE REYES se muestra especialmente crítico con la formulación realizada en la reforma de 1994, al sostener que “tres años de experiencia en la aplicación de la norma han arrojado un saldo de ambigüedades y contradicciones que supera la frecuencia propia de cualquier proceso de innovación jurídica”. PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 21. DESDENTADO BONETE, en la misma línea crítica (recogiendo el criterio generalizado de la doctrina), sostiene que la reforma de 1994, “provocó problemas importantes en la aplicación del nuevo *despido* económico hasta el punto de frustrar en la práctica el objetivo de flexibilización y de introducir márgenes de incertidumbre muy altos en la calificación de los *despidos*” [la cursiva es nuestra]. DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., p. 456. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ afirman que “lejos de los redactores de la reforma laboral la sobria elegancia del jurista clásico, el Legislador del 94 se mueve como pez en el agua en la viscosidad verbal y no hace ascos, sino todo lo contrario, a los preceptos semielaborados”. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 92. Vid. también, JURADO SEGOVIA. *El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET: puntos críticos*. AL nº 20, 2002 (versión digital); y MOLINA NAVARRETE, MOLINA HERMOSILLA y VILLAR CAÑADA. *Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997*, op. cit., p. 83 y 84.

<sup>668</sup> Recuérdese que la entre el art. 51 y el 52 c) TRET la unanimidad era total en afirmar que no existía en absoluto diferencia conceptual. Vid., por todos, BLANCO RODRÍGUEZ y BLANCO MONTAGUT. *La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*. ASoc, 1995, versión digital (BIB 1995\17).

aplicación judicial más uniforme, “reduciendo el alcance del control judicial a sus justos términos”<sup>669</sup>.

Aunque, como se analizará, ello no ha contribuido en exceso a esclarecer la situación<sup>670</sup>.

### **3.1.2.2.- Vinculación entre las ‘causas de empresa’ y el ‘alineamiento funcional’ y su proyección en la protección del empleo.**

Derivado de todo lo anterior, en la actualidad, siguiendo a DEL REY GUANTER, la Ley establece un juicio de adecuación entre tres elementos diferenciados, aunque íntimamente relacionados: *causas, medidas y finalidades*<sup>671</sup> (u *objetivos*). Frente a la concreción de las *medidas* de que dispone el empresario para la superación de lo imprevisto (modificación, suspensión o resolución del contrato), el Legislador opta por no definir las *causas* y configurar las *finalidades* en términos muy amplios.

---

<sup>669</sup> **BLASCO PELLICER.** *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores.* ASoc nº 5, 2002, versión digital (BIB 2002\649). Téngase en cuenta que “la sustitución de la autorización administrativa por la revisión judicial en ciertos *despidos* devino más elemento de rigidez que de flexibilidad, a causa de una interpretación jurisprudencial extremadamente rigurosa de la causa objetiva del art. 52.c) ET, que no valorará en su contexto la trascendencia del cambio de redacción de la causa objetiva”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo, op. cit.,* p. 73. En opinión de PRADOS DE REYES, que cita a los interlocutores sociales, lo pretendido era clarificar el alcance los presupuestos que justifican estas extinciones. **PRADOS DE REYES.** *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa, op. cit.,* p. 19. En términos similares, **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS.** *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.,* p. 60 y 61; **BELTRAN MIRALLES.** *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996).* AL nº 43, 1996, p. 835; **DEL VALLE VILLAR.** *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, op. cit.,* p. 69; y **NAVARRO NIETO.** *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, op. cit.,* p. 819 y ss. Una exposición de la disparidad de criterios jurisprudenciales producidos durante los primeros compases de la reforma de 1994 (“cuyos resultados parecen tan imprevisibles como el de la cara o cruz de la moneda tirada al aire”) en, **BLANCO RODRÍGUEZ y BLANCO MONTAGUT.** *La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, op. cit. (versión digital).* DESDENTADO BONETE sostiene, en cambio, que las principales dificultades derivadas de la regulación de 1994 no derivan tanto de la mentalidad tuitiva de los operadores jurídicos, sino que derivan más de la propia regulación legal. **DESDENTADO BONETE.** *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997, op. cit.,* p. 457.

<sup>670</sup> JURADO SEGOVIA habla de “oportunidad perdida”. **JURADO SEGOVIA.** *El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET: puntos críticos, op. cit. (versión digital).* Vid. también en este sentido, **SANTIAGO REDONDO.** *Movilidad geográfica, op. cit.,* p. 351; **PEDRAJAS MORENO.** *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.,* p. 368; **MOLINA NAVARRETE, MOLINA HERMOSILLA y VILLAR CAÑADA.** *Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997, op. cit.,* p. 85 y 86; y **DESDENTADO BONETE.** *Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor, op. cit.,* p. 982. Adoptando un posicionamiento optimista respecto de la importancia de la reforma de 1997, **DURÁN LÓPEZ.** *El despido objetivo: causas, forma y efectos, op. cit.,* p. 1109.

<sup>671</sup> Pese a que la doctrina parece mantener una cierta unanimidad respecto a esta tipología de elementos y a su denominación, lo cierto es que en los primeros compases de la reforma de 1994 existe cierto desconcierto, especialmente con respecto a las denominadas “finalidades”. Así, **BLANCO RODRÍGUEZ y BLANCO MONTAGUT** las califican como “presunción, definición, aclaración, resultado, objetivo, ayuda interpretativa...”. **BLANCO RODRÍGUEZ y BLANCO MONTAGUT.** *La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, op. cit. (versión digital).*

El fin perseguido, en términos de VALDÉS DAL-RE<sup>672</sup>, es la articulación de un *alineamiento funcional* (o, también denominado, *secuencialidad, escalonamiento aplicativo o ordenación gradualista*) de las *medidas* de que dispone el empresario para proceder a las diversas reorganizaciones empresariales *requeridas por la organización productiva en aras a garantizar su continuidad*. Es decir, el ordenamiento jurídico predispone un haz de medios de respuesta, graduados en función de la intensidad del riesgo y utilizables en correspondencia a la gravedad o capacidad del impacto de las nuevas condiciones en las distintas fases y aspectos del proceso productivo. Modelo en el que la extinción del contrato es, sin duda, la última “ratio” y la alteración de lo pactado opera como una alternativa a una *potencial* supresión del empleo<sup>673</sup>. Lo

---

<sup>672</sup> VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica, op. cit.*, p. 403.

<sup>673</sup> Planteamiento que parece seguir un sector de la doctrina aunque sin subsumirlo expresamente en la lógica del riesgo contractual. SUÁREZ GONZÁLEZ, aunque sin vincularlo al riesgo contractual, tras identificar que las causas de la modificación, suspensión y resolución son las mismas, afirma que lo que las diferencia es una cuestión de intensidad. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital). Así, se ha afirmado que existe una correspondencia entre todas las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como “una conexión ‘gradual y graduada’ ente las distintas iniciativas a emprender por el empresario”. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal, op. cit.*, p. 144. Según MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS puede identificarse una “sutil línea de configuración o vertebración jerarquizada en los institutos laborales modificativos y extintivos”, en función de la “menor o mayor rigidez o exigencia en la intensidad de la causa o suficiencia causal – que implica, a su vez, una potencial menor o mayor incisividad del control sobre la medida empresarial – en relación a los fines que debe perseguir la misma” MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.*, nota 117, p. 62 y 63. Recientemente, MONEREO PÉREZ, siguiendo a FERNÁNDEZ AVILÉS, ha afirmado que “en nuestro Ordenamiento laboral no existe expresamente un regla de graduación de las medidas que pueden ser adoptadas (entre las tenues de suspensión o modificación, o la más severa de extinción contractual), aunque la coherencia con la tutela constitucional del derecho al trabajo (al cual se vincula la estabilidad en el empleo) podría conducir a postular el principio de *última ratio*”. MONEREO PÉREZ. *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, op. cit.*, p. 105. Para DEL REY GUANTER “con el nuevo precepto [art. 52.c TRET ex reforma 1997] se configuraría en el TRET una línea ascendente de justificación sobre las potestades empresariales respecto a las causas económicas, organizativas, técnicas y de producción, que tendría su comienzo de menor restricción en el art. 40 y 41, después seguiría el art. 52 c) para terminar, en el nivel de máxima justificación, en el art. 51”. DEL REY GUANTER. *El despido colectivo y la reforma laboral de 1997, op. cit.*, p. 19. *Vid.* términos similares, LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, op. cit.*, p. 287; VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica, op. cit.*, p. 403; NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 820; y *Los despidos colectivos, op. cit.*, p. 65; NAVARRO NIETO y SÁEZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo, op. cit.*, p. 62 y 143; MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación, op. cit.*, p. 118 a 120; MENDOZA. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley.* En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, p. 195; VIDA SORIA. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo), op. cit.*, p. 10; y *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.* En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1995, p. 90; y GARCÍA MURCIA. *La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores, op. cit.*, p. 85 y 86. No obstante, para un sector de la doctrina, en base a la redacción del art. 47 TRET, la resolución ha dejado de contemplarse como la ‘última ratio’, en el sentido, de ser una “medida imprescindible, como la única posible que conduce a que por necesidad inapelable se adopte tal medida”. CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas, op. cit.*, p. 310. Afirmandose que la ‘última ratio’ “parece haberse desplazado de los despidos a las suspensiones, seguramente por los intereses públicos implicados en éstas últimas (costes económicos de las suspensiones; incidencia en la protección pública del desempleo)”. CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea, op. cit.*, p. 45. En definitiva, parece que, conforme a la letra de la ley, la intensidad del riesgo exigida es mayor en los supuestos suspensivos que en los extintivos. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la “necesidad” a la que alude el art. 47 TRET parece referirse, no tanto a la intensidad del riesgo, sino a la transitoriedad del mismo, esto es, a su naturaleza pasajera o temporal y a su valoración *en función de las circunstancias concurrentes* (“tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural”). Corroboración esta interpretación el art. 20 RPRE’96.

que *no* debe interpretarse como que la Ley supedita la legitimidad de la resolución contractual al previo agotamiento de todas las posibilidades de acomodo del trabajador a la empresa<sup>674</sup>.

La jurisprudencia también parece admitir este planteamiento. En la STS 8 de enero 2000<sup>675</sup> se afirma que “las circunstancias causales que justifican la modificación, suspensión o extinción del contrato de trabajo deben ser analizadas en forma diferente de mayor o menor intensidad, según que el efecto pretendido sea la modificación, suspensión o la más drástica de la extinción”<sup>676</sup>.

En definitiva, se ofrecen diversas soluciones ante niveles de riesgo distinto<sup>677</sup>. Sistema, en el que, como es lógico, el número de instrumentos de que dispone el empresario es directamente proporcional a la intensidad de la *amenaza* que padece<sup>678</sup>. Como sintetiza CRUZ VILLALÓN, juega el principio de que “quien puede lo más puede lo menos”, es decir, que si la situación empresarial justifica en los términos de la norma medidas extintivas, también permite al empresario limitarse en una primera fase a solicitar medidas suspensivas<sup>679</sup>, o bien – añadimos – medidas modificativas<sup>680</sup>.

Por otra parte, aceptando el planteamiento del Legislador (y, sobre todo, siendo consecuentes con el mismo), si se vincula la protección del empleo a la vida de la empresa y ésta se supedita a la mejora de la competitividad, cualquier medida que trate de mejorar esta

---

<sup>674</sup> Defendiendo esta tesis, **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*, op. cit., p. 32 y 33.

<sup>675</sup> Ar. 394.

<sup>676</sup> La STS 4 de octubre 2001 (RJ 2002\1417) también parece subsumir este planteamiento cuando analizando el art. 41 TRET afirma que “la justificación de la causa objetiva, bien que de menor entidad que la suspensión o extinción del contrato, es necesaria”. En términos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 3 de julio 2002 (JUR 2003\155519), declara que “Las causas que deben justificar la medida empresarial son de la misma naturaleza, económicas, técnicas, organizativas o productivas, que las que justifican los *despidos* regulados en los arts. 51 y 52.c) ETT; la gravedad, sin embargo, de las mismas en el caso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo es notablemente menor” [la cursiva es nuestra]. *Vid.* también al respecto, recogiendo una doctrina jurisprudencial consolidada, **ALEMÁN PAÉZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*. RL 2002 - I, p. 368.

<sup>677</sup> La doctrina, en vez de hablar de “intensidades de riesgo diferenciadas”, se refiere a la existencia de una “mayor rigurosidad” de circunstancias exigibles en función de la medida que se pretenda adoptar (**CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 120); bien, de mayor exigencia y más especificidad para la aplicabilidad de las medidas resolutorias con respecto a las modificativas (**DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 181); bien, del establecimiento de una “neta graduación entre causas y medidas” (**PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ**. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 92); o bien, de “una graduación entre la gravedad de las causas concurrentes y la de las medidas a adoptar, a través de un sistema de exigencias distinto que la norma establece en cada medida diferente”. **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital).

<sup>678</sup> Durante la vigencia de la LCT<sup>44</sup>, **RODRÍGUEZ-SANUDO** ya había apuntado la existencia de una diversa carga de riesgo en función de la naturaleza de la causa que “obstaculizaba” la continuación del trabajo (aunque, empleando el verbo “imposibilitar”). Así, sostenía que la esfera de riesgo es mucho más amplia que el mero “*periculum obligationis*” a asumir por una de las partes del contrato en el simple esquema prestación-contraprestación creada por éste”. **RODRÍGUEZ-SANUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, op. cit., p. 137 a 139.

<sup>679</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, op. cit., p. 314. En contra de la posibilidad de acudir a medidas suspensivas en situaciones de desequilibrio propias de las situaciones resolutorias, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 113. *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>680</sup> *Vid.* al respecto, STS [C-A] 21 de abril 2005 (RJ 4314). En la doctrina, **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 284 y 285.

situación, en términos competitivos, debe calificarse como legítima desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, porque cumple un función preventiva de protección del empleo (o *fisiológica*, por emplear la terminología de la doctrina laboral)<sup>681</sup>. Lo que no significa que se defienda que cualquier alteración del contrato deba contextualizarse en un escenario en el que se respire la amenaza de la resolución contractual; porque, precisamente, las medidas de racionalización empresarial aspiran a evitar que el advenimiento de ese escenario se postergue el máximo tiempo posible.

En definitiva, como ya se ha reiterado, el modelo es el reflejo de la idea de la superación del *alea* normal del contrato (no se olvide, “la ruptura de equilibrio entre trabajo y producción o entre producción o consumo, que [obliga] al empresario a dar demasiado para obtener a cambio demasiado poco”) y la necesidad de ofrecer a las partes diversos mecanismos para sobreponerse a los cambios *imprevistos*, siempre que con ello se alcance mediatamente la protección del empleo<sup>682</sup>.

Paralelamente, este *alineamiento funcional* no debe confundirse con la *imposición* heterónoma del itinerario a seguir según la gravedad de los reajustes empresariales requeridos; sino que el empresario mantiene la discrecionalidad para determinar el medio de respuesta que estime más oportuno, siempre y cuando, sufra el nivel de riesgo mínimo legalmente requerido y responda a motivaciones razonables<sup>683</sup>. En definitiva, como ya se ha apuntado, a medida que se intensifica el nivel de riesgo el empresario dispone de mayor número de herramientas para sobreponerse al mismo, pudiendo elegir aquella medida que estime que le va a repercutir mayores beneficios o utilidades.

Por tanto, sin perjuicio de lo que deba entenderse por “razonable”, a lo que aludiremos en otro momento, el nuevo texto configura claramente un modelo que ofrece al empresario una amplia paleta de instrumentos legales con los que *acomodar/adaptar* la plantilla a las necesidades *objetivas* de la organización productiva.

Por otra parte, conviene reiterar la idea de que en la búsqueda del desequilibrio contractual exigido, parece del todo procedente, a nuestro entender, su contextualización en el conjunto de facultades de alteración contractual reconocidas al empresario y, sobre todo,

---

<sup>681</sup> En términos similares, VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 200.

<sup>682</sup> Y esto siempre puede alcanzarse si se consigue mantener la continuidad de la vida de la empresa.

<sup>683</sup> “Corresponde, sin duda, al empresario decidir su utilización u optar por soluciones alternativas menos agresivas; la Administración competente, apreciada la existencia de causa y su suficiencia, debe limitarse a estimar o desestimar, en todo o en parte, la solicitud empresarial, debiendo ser en todo caso congruente con dicha solicitud (art. 12.1º RPRE’96) (...). La decisión sobre cuáles de esas medidas hayan de utilizarse, y su prevalencia, y el número de trabajadores afectados por las mismas, corresponde sólo al empresario, que ha de probar la existencia de las causas y su entidad”. CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 43. También se afirmado que “la decisión empresarial podrá ser libre y discrecional, pero no puede ser arbitraria”. VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 201. *Vid.* también, BLASCO PELLICER. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital); DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 268 y 269; y GOERLICH PESET. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 253.

tomando como parámetro de referencia los diversos niveles de riesgo exigidos para cada una de ellas. La idea del escalonamiento en el desequilibrio exigido se nos muestra como la mejor forma para tratar de dar luz sobre un régimen jurídico absolutamente vaporoso.

A continuación se procederá al análisis, primero, del desequilibrio mínimo que el Legislador estima que debe padecer el empresario, esto es, las denominadas “causas y finalidades” (3.1.2.2.1.-); y, segundo, de cada una de las “medidas” que legalmente tiene reconocidas el empresario en función del riesgo que padece (3.1.2.2.2.-).

### ***3.1.2.2.1.- Las ‘causas’ y ‘finalidades’ como parámetros de delimitación del riesgo no ordinario.***

A la hora de definir las causas persiste el recurso a conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, en algunos casos, se usa el término “razones” (arts. 39.2, 40.1 y 41.1 TRET); y, en otros, “causas” (arts. 45.1.j, 47.1, 49.1.i, 51.1 y 52.c TRET). Sin embargo, al igual que antaño, no parece que esta disparidad terminológica (“causas”/“razones”) repercuta en exceso en la delimitación del contenido sustantivo que el Legislador quiere dotar a estas vicisitudes.

Por otra parte, a diferencia del ET’80, conviene destacar que la uniformidad es total para todos los supuestos de alteración o modificación sobrevenida, pues, en todos los casos se emplea la expresión causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (con la salvedad del *ius variandi* que sólo se refiere a los ámbitos técnicos u organizativos).

Novedad que, si bien denota la pluralidad de aspectos en los que se materializa la organización empresarial, no debe interpretarse como una ampliación de los motivos que justifican la alteración de lo acordado, sino como una descripción más detenida de lo que ya estaba implícitamente recogido en la normativa anterior<sup>684</sup>.

Por otra parte, el Legislador (deliberadamente) no aporta una definición de lo que deba entenderse por *causa/razón*, delegando este cometido a la doctrina judicial y administrativa en función de las circunstancias concurrentes<sup>685</sup>. Vacío que, según la doctrina, trata de completarse mediante el acotamiento de los objetivos que tales medidas deben perseguir. Alcanzándose una definición “por resultados” o teleológica. Así, se sostiene que las causas hay que interpretarlas, más que en sí mismas, en función de las medidas y de las finalidades<sup>686</sup>. Es decir, se entiende que se ha articulado un modelo en el que la legitimidad de la decisión empresarial está

---

<sup>684</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 140.

<sup>685</sup> Una exposición de las consecuencias que pueden plantearse ante la inexistencia de una definición de las causas en, VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 401.

<sup>686</sup> DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit.

supeditada la racionalidad del remedio propuesto. O, más plásticamente, un juicio de valoración de la adecuación entre el medio y el fin perseguido por la medida adoptada<sup>687</sup>. Correlación que, como se sabe, no es homogénea para todas las opciones de que dispone el empresario, sino que la *finalidad* es diferente según la *medida* que pretendida por el empresario.

Circunstancia que no hace más que traslucir (indirectamente) la naturaleza secuencial que se apuntaba y, por ende, el impulso que el Legislador parece querer dar a cada una de los remedios que pone a disposición del empresario para la gestión de la reorganización empresarial. Lo que, por otra parte, se erige en el único elemento que permite al intérprete *descifrar* el (vaporoso) sentido de la norma<sup>688</sup>.

Sin embargo, es posible introducir algunas matizaciones a este planteamiento, desde la perspectiva que ofrece la tesis de la excesiva onerosidad y del riesgo “no ordinario”. A nuestro juicio, la referencia a las “causas” justificativas de las alteraciones contractuales no precisan definición alguna porque, en el fondo, se fundamentan - como ya se ha avanzado - en *una única causa*, idéntica para todos los supuestos, esto es, un *hecho* o *circunstancia sobrevenida* que provoca

---

<sup>687</sup> **MONEREO PÉREZ**. *Art. 51, op. cit.*, p. 618 y 619; **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas*. En “Presente y futuro de la Regulación del Despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997, p. 165. Hasta el punto de que “[hay] efectivamente causa cuando la medida adoptada se [ajusta] a la finalidad tutelada por la ley”. Circunstancia que lleva a una “confusión causa-fines con el resultado de hacer la finalidad componente de la propia definición de la causa”. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **ROQUETA BUJ**. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”, op. cit.*, p. 92. *Vid.* también, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts, 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit.*, p. 180.

<sup>688</sup> En este sentido, algunos autores sostienen que el pretendido objetivo clarificador de la Ley no aporta nada sustancial, porque “a la postre el problema se traslada a la determinación de cuándo se producen esas situaciones, remitiendo a un nuevo dilema que exigirá, en sus caso, posicionamientos judiciales difíciles, en cuanto que han de producirse en base a una valoración de la adecuación técnica de las decisiones adoptadas por el empresario, lo que, desde otro punto de vista, excede, muy posiblemente del papel tradicionalmente atribuido a la jurisdicción laboral”. **PEDRAJAS MORENO**. *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 368 y 369. Para **CASAS BAAMONDE**, la indeterminación causal es deliberada. Las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción no son conceptos jurídicos indeterminados con un único significado que corresponde a la tarea de la interpretación determinar; sino con varios significados y aplicaciones igualmente lícitos, sin que ‘exista una sola solución jurídicamente aceptable’. **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea, op. cit.*, p. 40. *Vid.* también, **MARTÍNEZ ABASCAL** y **DURÁN ROMASEWKYS**. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación, op. cit.*, p. 109. Una enumeración de los conceptos jurídicos indeterminados identificables en el art. 52.c) TRET en **CECA MAGÁN**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*. Revista General de Derecho. Valencia, 1999, p. 64 y 65.

El contrapunto lo aporta **MONTOYA MELGAR**, pues, sostiene que los conceptos legales (‘situación negativa’, ‘necesidad’, ‘contribuir’, ‘superar’, etc.) en rigor, son conceptos usuales, dotados en sí mismos de un significado claro. El problema, asevera, “no se encuentra en que esos conceptos sean ambiguos, sino en la interpretación más o menos ajustada y precisa que pueda hacerse de ellos”. **MONTOYA MELGAR**. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones, op. cit.* (versión digital). En parecidos términos, **VIDA SORIA**, analizando las causas empresariales afirma que no se trata de conceptos jurídicos indeterminados, “quizás todo lo contrario; eso sí, todo lo contrario, pero muy mal concebido y expresado normativamente (o bien expresado, según la finalidad de la norma?...”. **VIDA SORIA**. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 90. Finalmente, **DESDENDATO BONETE** y **DURÁN HERAS** estiman que “no son propiamente conceptos jurídicos indeterminados, sino conceptos jurídicos indirectamente determinados, es decir, conceptos legales que se determinan por una ciencia distinta de la del derecho, la ciencia económica”. **DESDENDATO BONETE** y **DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico, op. cit.*, p. 59.



una excesiva onerosidad<sup>689</sup>. Sin que, por tanto, sea necesario establecer mayores concreciones (al igual que, en el ámbito laboral, la fuerza mayor tampoco requiere definición legal alguna y la doctrina tampoco lo exige<sup>690</sup>).

Corroborar a esta interpretación el hecho de que la norma jurídica no defina expresamente la noción de “causa”, debiéndose interpretar, por tanto, que el Legislador la da por sobradamente conocida. Repárese que, como se ha apuntado, al estar recogido en la norma, el concepto jurídico existe (identificándose con una ruptura del equilibrio contractual que obliga a dar a una de las partes más de lo que obtiene)<sup>691</sup>. Y, al tratarse de un hecho que afecta a la causa del contrato, siguiendo la argumentación de RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, se trata de un hecho objetivo, identificable en la realidad<sup>692</sup>.

No obstante, llegados a este estadio, esto es, dando por conocido el trasfondo al que se refiere el Legislador, conviene tratar de delimitarlo y, para ello, descifrar el sentido de la norma; Y, para ello, conviene precisar qué debe entenderse por lo que la doctrina científica ha distinguido como “causas”, “finalidades” y “medidas”.

Siguiendo a GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, la enumeración de los cuatro ámbitos (económico, técnico, organizativo y de producción) reproduce lo que podría denominarse como una ideal concepción o noción de empresa y del papel que el factor trabajo cumple en su configuración<sup>693</sup>. Es decir, está delimitando las esferas en las que el factor empleo puede verse afectado por un riesgo *imprevisto* sobrevenido<sup>694</sup>. La Ley delimita los ámbitos de la organización

---

<sup>689</sup> Corroborar esta interpretación el hecho de que el art. 47 TRET unifica la regulación de las causas (SSTS [C-A] 16 de diciembre 1999, RJ 9562; *vid.* también STSJ Comunidad Valenciana [C-A] 7 de marzo 2005, JUR 135684).

<sup>690</sup> Recuérdese que un sector de la doctrina civil estima que liberación del deudor en los supuestos de imposibilidad objetiva es tan lógica que casi no sería preciso que figurase en los cuerpos legales (CANDIL).

<sup>691</sup> De hecho, siguiendo a RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, “la causa económica o tecnológica, organizativa o productiva no es el estado de necesidad de la empresa. La causa es la modificación sobrevenida de circunstancias en que la empresa desenvuelve su actividad”. Esto es, añadido, una excesiva onerosidad sobrevenida. “Y esa modificación de circunstancias – dato objetivo – es relevante para el Derecho si de ella se derivan efectos (...) que pueden ser negativos para la vida de la organización productiva”. **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>692</sup> **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN**. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>693</sup> **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 374: “Así la empresa se identificaría con un sujeto económico-social que a través de la adecuada combinación de una organización laboral y técnica desarrollar una actividad productiva rentable, o dotada de eficiencia económica”.

<sup>694</sup> En términos similares, **MARTÍN VALVERDE**. *La nueva redacción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Ley 8/1997*. En “Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997” (Coord. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). Tecnos. Madrid, 1998, p. 178. El factor trabajo, por tanto, puede verse amenazado si concurre un riesgo que repercute en el equilibrio financiero-contable (económicas), en los medios para producir (técnicas), en el modo de producción (productivas) o bien en la propia producción (productivas). La doctrina laboral, ha tratado de deslindar las diferencias entre cada una de estas esferas. Siguiendo la exposición de VALLEJO DACOSTA (que, en parte, cita a su vez a DESDENTADO BONETE y RIVERO LAMAS), las *causas técnicas* están vinculadas a la introducción de nuevas tecnologías que es necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia. Las *causas organizativas* “pueden identificarse con la necesidad de adecuar los medios personales y materiales de que dispone la empresa a las líneas de producción que desarrolla con la finalidad de obtener una mayor presencia en los mercados en los que ha de actuar”. Las *causas productivas*, en cambio, parecen coincidir con situaciones que “afectan a los costes y volumen de la empresa para adecuarlos a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa”. Finalmente, las *causas económicas*, parecen recibir una definición en negativo, dado que la doctrina y la jurisprudencia

de la empresa en los que la continuidad del empleo puede verse afectada<sup>695</sup>. Es decir, se describen normativamente las esferas donde el hecho sobrevenido puede fundamentar la alteración de lo convenido<sup>696</sup>. Por lo tanto, en puridad no puede hablarse de “*causas* económicas, técnicas, organizativas o de producción”, sino que lo que, se está describiendo son los ámbitos empresariales que pueden quedar afectados por un hecho sobrevenido imprevisto.

Afirmación de la que se desprende una consecuencia relevante: no debe entenderse que lo que la doctrina laboral identifica como “*finalidades*” se desvinculen de la definición de lo que debe entenderse por “*causa*”. Tampoco que tales “*finalidades*” centren su atención en la definición del objetivo a perseguir por las “*medidas*”, ni tan siquiera que se “produzca una equiparación conceptual de causas y efecto, con la intermediación de las medidas laborales”<sup>697</sup>. O bien, que la relación entre causa-medida extintiva no se contempla como una adecuación de ésta a aquélla, sino desde una perspectiva finalista<sup>698</sup>.

En contra de estos planteamientos, a nuestro modo de ver, las “*finalidades*” son un elemento intrínseco a la propia definición de la “*causa*”, que coadyuva a discernir cuándo concurre una onerosidad excesiva<sup>699</sup>. Las “*finalidades*”, por consiguiente, no hacen más que

---

afirman que no puede equipararse con situaciones de crisis de empresa, ampliándose su espacio de operatividad. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 202. Una descripción detallada de cada una de las causas enumeradas por la ley desde la perspectiva jurisprudencial en, entre otras, STS 6 de abril 2000 (RJ 3285); y STSJ La Rioja 1 de marzo 2005 (AS 650).

<sup>695</sup> “El Legislador ha realizado un esfuerzo de *globalización causal*, en el sentido de que intenta abarcar los distintos tipos de factores que pueden justificar en un momento determinado un excedente laboral respecto a la empresa en su conjunto, abarcando los distintos puntos de origen que pueden justificar esa referencia”. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 178. O, como apuntan DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS, tras afirmar que la expresión “causa” se utiliza en varias sentido por la ley, entienden que el término causa “en el uso más general describe su naturaleza interna o el ámbito de afectación en el que opera la causa propiamente dicha”. **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 71.

<sup>696</sup> Siguiendo de nuevo a DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS, la expresión “causa” también se refiere a “una conexión externa o dinámica entre el supuesto extintivo y el agente”. La causa se refiere “a un hecho natural o una acción humana, que en términos jurídicos suele expresarse a través de categorías que valoran la imputabilidad a un agente interno o externo a la relación obligatoria”. **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 71.

<sup>697</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 180 y 181. CASAS BAAMONDE, por su parte, analizando el régimen de los ceses ex art. 51 TRET, sostiene que la “extensión de las causas del *despido* colectivo se acompaña de su definición finalista para proporcionar a las causas un ‘contenido aplicativo’ u operativo”; y que “se confunden las causas del *despido* con el *despido* mismo como medida propuesta y con las finalidades o efectos que se predicán de dichas causas” [la cursiva es nuestra]. **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 37.

<sup>698</sup> **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 76.

<sup>699</sup> Parece corroborar esta tesis PRADOS DE REYES cuando afirma que “no es que la causa se confunda con los objetivos puesto que en realidad ambos elementos disponen de propia entidad y función en la configuración de los presupuestos que autorizan el *despido*, sino que la intervención conjunta de sus respectivas funciones contribuye a la compleja construcción del concepto de *despido* – aunque luego el procedimiento se diversifique en función de la trascendencia reconocida a los mismos – al vincular los supuestos que lo autorizan con los objetivos que modalizan la idoneidad de la medida. De esta forma, la conexión se establece no tanto entre causas admitidas y fines propuesto cuanto entre medidas adoptadas y objetivos que con las mismas se persiguen” [la cursiva es nuestra]. **PRADOS DE REYES**. *Los despidos objetivos por las causas del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997, p. 89.

concretar cuándo debe considerarse que el *alea* excede de lo normal (previsto). Y, más concretamente, están delimitando la intensidad del riesgo (A.-); y *objetivando* el interés empresarial o, si se prefiere, describiendo el interés de empresa (B.-). Aspectos que se detallan a continuación.

A.- En el fondo, como ya se ha avanzado, lo que subyace en descripción de las denominadas “*finalidades*” es el establecimiento de un sistema de evaluación o mensuración objetiva del riesgo que excede del *alea* normal<sup>700</sup>. En otros términos, un baremo normativo de la intensidad de la contingencia requerida para que el empresario pueda llevar a cabo la medida requerida<sup>701</sup>. Delimitada el área de riesgo por la enumeración de los ámbitos (las “causas económicas, técnicas, ...”, en la terminología de la Ley), las “*finalidades*” vendrían a fijar una determinada graduación legal en función de unos objetivos que social, política y económicamente se estiman más adecuados<sup>702</sup>. O, de otro modo, delimitando el riesgo que,

---

<sup>700</sup> En términos similares, LUQUE PARRA sostiene que “son unas reglas de apreciación de las causas, y no las causas en sí mismas”. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 273. Y DEL REY GUANTER habla de la existencia de un “*encauzamiento interpretativo de las causas por parte del Legislador*”, circunstancia que supone una novedad con respecto a la normativa anterior y que debe entenderse como la introducción de una “expresa indicación sobre el ‘entendimiento’ de las causas empresariales, esto es, de cuándo ha de considerarse que ‘concurrir’ las mismas”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 180; y *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 205.

<sup>701</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, en términos muy próximos a los descritos, sostiene que se trata de “criterios de aplicabilidad o criterios de apreciación que han de ser utilizados para entender que, en un supuesto de hecho concreto, la modificación de circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas ha de entenderse como relevante o susceptible de producir determinados efectos”. Aunque, a continuación, se desmarca de la interpretación que aquí se defiende, porque afirma “son criterios de apreciación de las causas, pero no son las causas”. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., p. 145. CRUZ VILLALÓN, analizando las causas que deben concurrir para justificar el *ius variandi*, identifica las *finalidades* con un sistema de “determinación del alcance” de los motivos justificativos de la resolución. CRUZ VILLALÓN. *Art. 39*, op. cit., p. 479.

<sup>702</sup> Interpretación que, por otra parte, permitiría superar la tesis defendida por un sector de la doctrina que sostiene que pese a que la Ley emplea en diversos preceptos de su articulado términos idénticos para referirse a las “causas de empresa”, debe entenderse que tales conceptos, pese a su literalidad y en conjunción con determinadas *finalidades*, no quieren decir lo que dicen sino que tienen significados heterogéneos. Se asevera que no existe una *universalización* de las causas, dado que en los supuestos de resolución del contrato la “causalización” está más acentuada que en los supuestos de modificación unilateral del contrato. De hecho, se sostiene que existe una “falta de correspondencia entre los conceptos de causa de los artículos 40 y 41, de un lado, y de los artículos 51 y 52.c) por el otro, pues se trata de una distinción cualitativa, que implica que, aunque la causa remota pueda ser la misma, la causa operativa no es equiparable”. LÓPEZ GÓMEZ. *Las causas económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 45 y 46; y VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 403. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ afirma que las cuatro causas enumeradas no pueden ser asimiladas a una genérica, porque, primero, cada una tiene una función precisa y, segundo, cada una parte de un presupuesto de hecho autónomo. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 374, 377 y 378. Para DEL REY GUANTER, la existencia de una universalización causal, no significa identidad de contenido. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 176. En términos similares, CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 120. SOLÀ MONELLS, analizando la suspensión de la relación de trabajo por causas de empresa, defiende un “entendimiento propio o autónomo, aunque sea por vía indirecta y con un alto grado de abstracción, de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el ámbito suspensión”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 97. NAVARRO NIETO y SÁEZ LARA estiman que “cada una de las respuestas jurídicas a las circunstancias empresariales consideradas aisladamente dispone de una causa singular, la que resulta de la conexión de específicas circunstancias sobrevenidas a un determinado proyecto de reordenación de recursos. Se quiere decir con ello que ni las circunstancias contempladas en cada supuesto son las mismas, aun

pese a ser alegado por el empresario, no tenga la índole y el alcance suficiente para legitimar la alteración contractual, incardinándose dentro de lo que se calificaría como el *alea* normal.

Por tanto, el problema, desde esta perspectiva, no radica tanto en la indefinición legal de las causas (pues - reitero -, pueden subsumirse perfectamente en el concepto de hecho sobrevenido excesivamente oneroso), sino en la fijación de criterios que permitan constatar objetivamente cuándo el riesgo padecido por el empresario excede de lo originariamente *previsto*<sup>703</sup>.

Extremo cuya clarificación se desprende del siguiente silogismo: si - dejando al margen la imposibilidad objetiva y del incumplimiento culpable - el “*fundamento último*” que justifica este tipo de alteraciones contractuales es la existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida, esto es, en un desequilibrio imprevisto en los riesgos; y, los riesgos (o su graduación) vienen delimitados por las “*finalidades*”; se desprende que la “*finalidad*” define el entendimiento de la causa (o el “*fundamento último*”), porque, al cuantificar el riesgo define lo excesivamente oneroso<sup>704</sup>.

Planteamiento que subyace (con claridad desigual) en todos los supuestos legales que reconocen la posibilidad del empresario de alterar el contenido de las prestaciones por excesiva onerosidad:

---

compartiendo una misma naturaleza, ni las características y objetivos de cada proyecto de reordenación de recursos a los que debe vincularse la motivación empresarial de modificación, suspensión o extinción del contrato son semejantes”. NAVARRO NIETO y SÁEZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 62 (*vid.* también nota 78, en p. 63). Y CASAS BAAMONDE, pese a afirmar la reconducción de todas las causas a lo económico, sostiene que “las causas, en su operatividad, no son, absolutamente homologables”, de tal modo que “la unidad, en lo fundamental, del esquema causal se rompe”. CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 41 y 42. Sin embargo, a nuestro entender, se confunde la intensidad del riesgo que debe soportar el empresario para poder ejercer alguna de las facultades legalmente reconocidas, con las vicisitudes que en la dogmática jurídica pueden afectar al contrato de trabajo, una de las cuales es la excesiva onerosidad. La *causa de la alteración contractual es idéntica en todos los supuestos*, lo que cambia es la graduación del perjuicio sufrido y las posibilidades para sobreponerse al mismo. De hecho, cuando en la doctrina se afirma que en los supuestos del art. 51 “es un precepto más marcado que otro, por la ‘causalidad’, pues ‘exige una mayor demostración de ‘necesidad’, una mayor vinculación de causa a efecto” (CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 42), no se está describiendo una diferenciación casual, sino una mayor intensidad del riesgo.

<sup>703</sup> Circunstancia especialmente relevante, desde el instante que la concreción del riesgo se delega a un tercero. En definitiva, las finalidades establecen un mandato para el juzgador (administrativo o judicial), de cómo debe evaluar la legitimidad de la decisión empresarial. Incluso un sector de la doctrina ha afirmado que, dados los términos empleados por el Legislador, se trata de un tema que está mucho más cerca de los conflictos de intereses que de derechos. VIDA SORIA. *El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 90; y VALDEOLIVAS GARCÍA. *El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente*. En “La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social (Dir. Valdés Dal-Ré). Lex Nova. Valladolid, 1997, p. 542.

Por otra parte, en algunos pronunciamientos, los Tribunales han evaluado la idoneidad de la medida propuesta por el empresario en base a la existencia o no de un riesgo excesivo. Así, la SSTSJ Canarias (Tenerife) 15 y 20 de septiembre 2004 (AS 2787 y *cit.*) declara improcedente la resolución del contrato por causas económicas porque, literalmente, “ningún riesgo se columbra”.

<sup>704</sup> Lo que no debe entenderse en el sentido de que la causa sólo cobra sentido si concurre una determinada finalidad, sino que ésta cumple un papel complementario u aclaratorio del sentido de aquélla.

Así, la resolución por causa económica y la referencia a la “superación de una situación negativa” (arts. 51 y 52.c TRET), significa que dicha situación *ya existe*<sup>705</sup>. Lo que ejemplifica con nitidez el sentido de lo que se ha expuesto, pues *pretende fijar el instante* en el que el valor de las prestaciones ya no justifica el mantenimiento del contenido original del contrato<sup>706</sup>. Define, por consiguiente, la propia causa y no otra cosa<sup>707</sup>; esto es, el exceso de *alea* normal a partir del cual el empresario ya no tiene que seguir manteniendo la relación contractual<sup>708</sup>. La norma está cuantificando (o, al menos, eso pretende) la intensidad de la contingencia que debe padecer el empresario para poder llevar a cabo su pretensión o, lo que es lo mismo, dotando de contenido a la esfera de riesgo económica<sup>709</sup>.

Del mismo modo, la expresión “superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa”, que acompaña a las causas técnicas, organizativas o de producción *ex art. 52.c) TRET*, se está refiriendo a la existencia de un *desajuste* entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado<sup>710</sup>. Por consiguiente, la norma jurídica no hace más que establecer el instante en el que debe entenderse que se ha superado el *alea* normal del contrato. Es decir, cuándo debe estimarse que se ha producido una alteración del equilibrio contractual. Y, el Legislador parece dar a entender que esto sucede cuando el buen funcionamiento de la empresa se encuentre objetivamente con una oposición o contrariedad relevante<sup>711</sup>.

---

<sup>705</sup> **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS.** *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico, op. cit.*, p. 83.

<sup>706</sup> De hecho, los Tribunales vienen exigiendo que el empresario pruebe la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa. Lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el Legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etc. STS 14 de junio 1996 (RJ 5162). Recogen este planteamiento, entre otras, SSTSJ Galicia 15 de julio 2005 (AS 2303); Canarias (Las Palmas) 30 de junio 2005 (JUR 188621); Cataluña 8 de marzo 2005 (AS 1273) y 8 de mayo 2000 (AS 1923); La Rioja 3 de febrero 2005 (AS 15).

<sup>707</sup> **DURÉNDEZ SÁEZ.** *El despido objetivo por crisis, op. cit.*, p. 167.

<sup>708</sup> En palabras de DEL VALLE VILLAR, “de la interpretación exegética de la Ley se desprende que los *despidos* deben contribuir a neutralizar las situaciones creadas por las causas descritas (...). Las causas, entonces, se identifican con obstáculos a la buena marcha de la organización productiva”. Y posteriormente, afirma que la ley también hace referencia a la “gravedad, esto es, el grado en que las causas dificultan el funcionamiento de la empresa”. **DEL VALLE VILLAR.** *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, op. cit.*, p. 75.

<sup>709</sup> Y más, si se tiene en cuenta que, siguiendo a PRADOS DE REYES, la “constatación de las pérdidas y la entidad de las mismas – mediante prueba suficiente y no a través de juicios estimativos – continúa siendo un requisito inexcusable para su validez”. Por este motivo, es lógico que la superación de situaciones económicas negativas adquiere en esta causa carácter determinante a efectos de justificar la decisión resolutoria. **PRADOS DE REYES.** *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa, op. cit.*, p. 53 y 50.

<sup>710</sup> STS 13 de febrero 2002 (RJ 3787). **DURÉNDEZ SÁEZ** (con anterioridad a la reforma de 1997) sostiene que las causas TOP se caracterizan por “poseer todas ellas un sustrato común, en cuanto han de crear en el empresa una situación crítica que afecte a su funcionamiento”. **DURÉNDEZ SÁEZ.** *El despido objetivo por crisis, op. cit.*, p. 168. Y **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS** apuntan (también con anterioridad a 1997) que la descripción de la norma “implica que la forma en que está funcionando la empresa es ineficaz”. **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS.** *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico, op. cit.*, p. 84.

<sup>711</sup> Elemento presente en los pronunciamientos de los Tribunales. Valga como ejemplo, la STSJ La Rioja 11 de abril 2000 (RJ 5290): “Pues bien, en el presente caso, la empresa no ha acreditado, como se desprende de la inatacada declaración de hechos probados de la sentencia censurada y de los razonamientos de su fundamento jurídico

En términos similares, la vinculación de la resolución del contrato por causas técnicas, organizativas o de producción *ex art.* 51.1 TRET, a la garantía de la viabilidad futura de la empresa y del empleo, presupone (o sobreentiende) la existencia de un *riesgo previo* que debe tratarse de neutralizar<sup>712</sup>; y, por consiguiente, la alteración contractual sólo se reputará legítima en tanto que esté condicionada su continuidad<sup>713</sup>.

En lo que concierne al art. 47.1 TRET, es evidente que la referencia a la “superación” de una situación empresarial, “posee una fuerte resonancia a un contexto de patológica evolución de la empresa que, cuando menos, se encuentra en dificultad de continuar produciendo con esa cantidad de personal”<sup>714</sup>. Lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que la suspensión de la relación de trabajo *simplemente* se diferencia de la resolución por ‘causas de empresa’ en la naturaleza *a priori*, si se nos permite, *pasajera/transitoria* del riesgo<sup>715</sup>.

Cuando los arts. 40 y 41 TRET establecen que las propuestas empresariales traten de “mejorar la situación de la empresa”, denotan la existencia de una situación que requiere acrecentar algo para pasarlo a un estado más conveniente (o mejor)<sup>716</sup>. En definitiva, un estado previo en el que la prestación del trabajador para el empresario ya no tiene el valor originariamente previsto, porque la organización de los recursos ya no es todo lo adecuada que exige la actividad empresarial<sup>717</sup>. Nuevamente, por tanto, se produce una *determinada* turbación

---

cuarto, ni la existencia de dificultades o factores desfavorables para el buen funcionamiento de la empresa, ni, por tanto, que el *despido* del actor se conecte con la superación de tales dificultades. Sólo alegó como causa la empresa que ‘ha procedido a efectuar una reestructuración organizativa’, pero la reorganización de la estructura de la empresa, para que pueda actuar como causa justificativa del *despido*, sigue ligada a una determinada finalidad, cual es la de superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, por lo que no puede calificarse de procedente la decisión extintiva si aquella no acredita, como no ha acreditado en los presentes autos, la existencia real de tales dificultades y la razonable contribución de la medida extintiva de la relación laboral para superarlas” [la cursiva es nuestra].

<sup>712</sup> “Si se ha de garantizar la viabilidad de la empresa es porque, cuando el empresario propugna las medidas laborales a adoptar – incluyendo las extintivas –, dicha viabilidad no está asegurada. Aquí estaríamos ante una situación organizativa, técnica o de producción ‘negativa’, en el sentido de que la misma puede poner en peligro el futuro del proyecto empresarial”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 182. En términos similares, DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, *op. cit.*, p. 169 y 170.

<sup>713</sup> El problema, derivado de la utilización de términos muy genéricos y situaciones de futuro, está en saber la intensidad del riesgo exigido, o como apunta MONTOYA MELGAR “¿cuándo se puede entender que una empresa tiene garantizada su viabilidad?; ¿qué nivel de empleo en la empresa es el que hay que garantizar, supuesto que no será el 100 por 100, pues entonces no habría lugar para el *despido* alguno?” [la cursiva es nuestra]. MONTOYA MELGAR. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>714</sup> CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, *op. cit.*, p. 310. *Vid.* también, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>715</sup> Al respecto *vid.*, CRUZ VILLALÓN. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas*, *op. cit.*, p. 312 y 313.

<sup>716</sup> En términos similares, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ entienden que los términos legales se refieren a un “‘test’ de gravedad que el Legislador impone al empresario”. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, *op. cit.*, p. 93. Como se sabe, la intensidad del riesgo es inferior porque no se exige que la viabilidad o continuidad de la empresa esté en juego, o en una situación crítica o mala, sino que pueden operar con el fin de mejorar la situación de la empresa, incluso, encontrándose en una situación buena (*vid.* al respecto, *Epígrafe I.1 del Apartado B del Capítulo IV - Primera Parte*).

<sup>717</sup> Planteamiento que parece subyacer en las tesis de MONTOYA MELGAR cuando, analizando la causalidad de las modificaciones sustanciales del contrato establecido con la reforma de 1994, sostiene que “además de añadir

en la interdependencia de las prestaciones que afecta a su valor, de tal modo que una de las prestaciones no equivale ya a la correspondiente de la otra parte<sup>718</sup>.

Finalmente, el ejercicio del *ius variandi* (art. 39.2 TRET) – probablemente, el más parco en el sentido que aquí se expone –, sólo puede operar si existen razones técnicas u organizativas. Las semejanzas con el modelo previsto en los arts. 40 y 41 TRET posibilitan la extensión de ciertos aspectos relativos a la intensidad del riesgo y a la cualidad del mismo. Aunque no pueda predicarse su absoluta equiparación. En cambio, para el caso de que se encomienden funciones inferiores, el Legislador ofrece más pistas, dado que se hace una (especie de) *descripción* de la intensidad del riesgo requerida (necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva)<sup>719</sup>.

Por consiguiente, la existencia de objetivos diversos en función de la medida a adoptar está describiendo una determinada distribución de las contingencias; o, de otro modo, está marcando la intensidad del riesgo que debe padecer el empresario para poder emplear las diversas facultades que le confiere la norma.

B.- En segundo lugar, la norma lo que está tratando de describir es el “interés de empresa” afectado o, lo que es lo mismo, delimitando negativamente la “no conveniencia empresarial” o el riesgo que objetivamente excede del *alea* normal. A partir de este enfoque, cobra pleno sentido que las “*finalidades*” que deben perseguir las “*medidas*” adoptadas por el empresario estén referidas sólo a la actividad empresarial (es decir, que sean inherentes a la empresa) y no al empresario, pues, delimita una determinada distribución objetiva de los riesgos<sup>720</sup>. Las medidas deben ser idóneas para favorecer la productividad o competitividad

---

expresamente las razones económicas, relativizan la intensidad del juego de estas causas o razones”. **MONTOYA MELGAR**. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones, op. cit.* (versión digital).

<sup>718</sup> Idea que parece subyacer en el planteamiento de algunos autores cuando analizan la modificación sustancial del contrato (arts. 40 y 41 TRET). Concretamente, CRUZ VILLALÓN asevera que los motivos que justifican la alteración deben ser sobrevenidos y, por lo tanto, se relacionan con un cambio de circunstancias comparativamente con la situación precedente”; de tal modo que el “elemento clave es la capacidad de la propia organización empresarial de fortalecer su capacidad competitiva respecto de la que poseía con anterioridad; el objetivo es ‘mejorar la situación de la empresa’, con independencia, pues, de que ésta ya de por sí sea buena, siendo lo decisivo, insisto, el colocar a la empresa en una posición más favorable que la precedente”. **CRUZ VILLALÓN**. *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 191; y *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 121.

<sup>719</sup> En cambio, si se pretende atribuir funciones superiores, la norma no especifica finalidad alguna, debiéndose evaluar el riesgo implícito en la situación y subsumirlo en los conceptos de “razones técnicas u organizativas”.

<sup>720</sup> Las referencias a la “empresa” es una constante en los preceptos analizados (situación económica negativa de la empresa (arts. 51 y 52.c); “a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos” (art. 51 TRET) ; “para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos” (art. 52.c); “la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa” (art. 47 TRET); “contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda” (arts. 40 y 41 TRET). La excepción la encontramos en el art. 39.2 TRET que, aunque no emplea el término “empresa”, utiliza otro parámetro objetivo, “actividad productiva”.

empresarial, debiendo existir un equilibrio entre la medida propuesta y el riesgo padecido<sup>721</sup>. Es decir, la referencia legal a los efectos “futuribles” de las medidas propuestas, simplemente trata de desvincular la medida propuesta de las apreciaciones subjetivas del deudor<sup>722</sup>. La referencia normativa a los *efectos* que debe alcanzar la *medida*, no está exigiendo que su validez esté supeditada a la consecución de un determinado objetivo con éxito, sino que trata de descartar la legitimidad de aquellas decisiones cuya motivación se inspiren en la mera conveniencia empresarial. Lejos de exigir que la medida alcance un determinado resultado futuro o potencial, se está exigiendo la aportación de elementos de valoración suficientes como para descartar que el exceso de riesgo alegado por el empresario no tenga una naturaleza esencialmente subjetiva.

En tanto que normativamente (por sentido común) no puede exigirse que la medida adoptada resuelva *per ser* el desequilibrio existente ni tampoco puede probarse *ad futurum* la verdadera efectividad de lo propuesto, esta es, a nuestro juicio, la interpretación que posibilita un entendimiento coherente del sentido de la norma. En definitiva, delimitan un espacio de “razonabilidad objetiva”. Lo que no deja de ser una consecuencia de la política legislativa perseguida – apuntada con anterioridad.

Estos extremos son especialmente visibles en la regulación del art. 52.c) y 51.6 TRET. Repárese que estos preceptos se refieren respectivamente a la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar” y “la autorización procederá cuando se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son *necesarias* a los fines previstos”. Pues bien, siguiendo la argumentación de la STSJ Canarias (Tenerife) 14 de abril 2005<sup>723</sup>, la “necesidad” debe ser justificada, no siendo suficiente la mera conveniencia o utilidad para la empresa<sup>724</sup>. Sin

---

<sup>721</sup> **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 118 y 119.

<sup>722</sup> Lo que en el ámbito de la extinción del contrato *ex art. 52.c) TRET*, ha llevado a un sector de la doctrina a hablar de la “causa” y de la “causa de la causa” (*vid.* al respecto, **MONTOYA MELGAR**. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*, op. cit., versión digital; y *La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996, p. 137 – compartiendo estas categorías conceptuales, **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*. ASoc 1999, versión digital, BIB 1999\1619). Criterio seguido por algunos Tribunales (SSTSJ Canarias/Tenerife 14 de abril y 1 de septiembre 2005, AS 1155 y nº 751/2005; y 18 de octubre y 20 de septiembre 2004, AS 3143 y 2877). Según este planteamiento, la Ley establece la obligación de acreditar no sólo la necesidad de amortizar un puesto de trabajo (causa), sino también las razones que deben fundamentar la decisión extintiva (económicas, técnicas, organizativas y de producción), con el fin de limitar la discrecionalidad empresarial. Sin perjuicio de lo que se expondrá en las siguientes páginas, a nuestro juicio, se confunde las consecuencias o efectos derivados de la existencia de un desajuste o desequilibrio contractual (amortización de un puesto de trabajo) – por otra parte, lógicos al hablar de una resolución -, con el motivo que lo genera (un hecho sobrevenido que afecta a alguno de los ámbitos empresariales). Además, si se aceptara esta tesis y se empleara sus categorías conceptuales y terminológicas en otras instituciones, resultaría que la Ley al regular el resto de *medidas* de que dispone el empresario (modificativas y suspensivas), sólo se referiría a las “causas de la causa” (estos es, económicas, técnicas, etc.), sin definir ni especificar previamente de forma explícita la “causa” (el hecho sobrevenido que, precisamente, motiva la alteración de lo pactado).

<sup>723</sup> AS 1155.

<sup>724</sup> Como apunta **BELTRAN MIRALLES**, la distinción entre la “necesidad” y la “mera conveniencia o utilidad” es uniforme en la jurisprudencia desde el ET’80 (SSTS 6 de noviembre y 21 de abril 1980, RJ 2195). **BELTRAN MIRALLES**. *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996)*, op. cit., p. 842.



embargo, “distinguir entre ‘necesidad’ - acreditada o justificada - y ‘conveniencia o utilidad’ - igualmente acreditada o justificada - ni es en la práctica, ni conceptualmente tan sencillo; y ello entendiendo como conveniencia o utilidad del empresario el obtener la mayor economicidad en la gestión o el máximo beneficio posible”. Lo razonable, por tanto, es tratar de encontrar el interés que la Ley ha valorado como merecedor de la tutela y que es sin duda la conservación del puesto de trabajo. Por consiguiente, la “necesidad” cuya justificación se exige debe plantearse con respecto a la función empresarial de organización productiva, referida al propio proceso productivo, a la propia organización del proceso productivo. De ahí que deba demostrarse la relación de necesidad entre la amortización del puesto de trabajo y las decisiones de carácter técnico-organizativo que adopte el empresario<sup>725</sup>.

Por todo lo apuntado hasta ahora, la referencia al objetivo o efectos que debe alcanzar la medida que adopte el empresario, lejos de posibilitar una definición de la causa “por resultados”, debe entenderse, a nuestro parecer, como un elemento *consustancial* a la causa; esto es, que le es intrínseco. Las “*finalidades*” complementan o, mejor dicho, posibilitan el entendimiento de las causas, porque determinan el instante en el que el valor de la prestación del trabajador ha dejado de tener la utilidad prevista y justifica *objetivamente* la alteración de lo pactado. Al definir el riesgo que excede del *alea* normal se identifican con la excesiva onerosidad y, por ende, definen la causa o el motivo resolutorio.

No obstante, lo cierto es que la remisión a las “*finalidades*” a perseguir o (por emplear la categoría conceptual que se sostiene) la graduación de las contingencias que pueden afectar al contrato, se ha realizado mediante fórmulas (excesivamente) abiertas, dibujando nuevos espacios de discusión hermenéutica. Lo que ha recibido, con razón, las críticas de la mayor parte de la doctrina<sup>726</sup>.

Hecho que, por otra parte, como ha destacado la doctrina, ha contribuido a incrementar sustancialmente la paleta de las facultades a disposición del empresario, lo que se traduce, inevitablemente, en un incremento considerable de su facultad de gestión de su

---

<sup>725</sup> En otros términos, para la STSJ Cataluña 30 de septiembre 2004 (AS 3296), “la idea de necesidad que manejan estas disposiciones no se refiere tanto a que las extinciones acordadas produzcan forzosamente el saneamiento económico de la empresa, como a que las mismas cumplan los requisitos que en estas normas se determinan y que se basan esencialmente, en que tales medidas extintivas contribuyan a superar la situación de crisis”. En la doctrina, se afirma que se exige “justificación suficiente, lo que implica la concurrencia de motivos de orden económico, técnico, organizativo o productivo que originen una probada necesidad de amortizar los puestos de trabajo en cuestión, más allá de una simple mayor rentabilidad”. **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*, op. cit. (versión digital).

<sup>726</sup> Lo que pone en entredicho, la consecución de uno de los objetivos perseguidos por el Legislador (clarificación de la normativa). Criticando la indefinición de la norma, entre otros, *vid.* **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 402 y 403; **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 20 y 21; y **CECA MAGÁN**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 23 y ss.

plantilla<sup>727</sup>. Sin que, no obstante, deba interpretarse *necesariamente* como un detrimento de la estabilidad en el empleo - como sostiene MONEREO PÉREZ<sup>728</sup>-, pues, podría entenderse que, es precisamente en aras a la continuidad de la relación contractual que el Legislador ha configurado estas medidas (como una derivación lógica de una premisa – la competitividad - que promulga la optimización permanente, no se olvide).

### ***3.1.2.2.- La resolución del contrato como ‘medida’ empresarial para la superación del riesgo no ordinario.***

La referencia a las “*finalidades*” u “*objetivos*” diversos en función de las medidas posibles delimita esferas de riesgo “no ordinario” diferenciadas; o, en otros términos, describe el ámbito de operatividad de las facultades de que dispone el empresario. Así, delimitando los extremos, para resolver los contratos debe concurrir un elemento calificado genéricamente por la doctrina como “reactivo” o “de respuesta”, en virtud del cual, se entiende que no puede acudir a la resolución del contrato por ‘causas de empresa’ “cuando no exista ningún obstáculo a salvar y se pretenda simplemente mejorar [su] rentabilidad”<sup>729</sup>.

En cambio, esta situación no es exigible en otros supuestos como la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo, cuya finalidad primordialmente consiste en *mejorar* la organización de los recursos de la empresa. El riesgo exigido, por tanto, es de menor intensidad porque estos institutos modificativos están estrechamente vinculados al principio de conservación del negocio jurídico<sup>730</sup>. Por consiguiente, se constata claramente que ante mayores niveles de riesgo “no ordinario”, mayor es el número de instrumentos para sobreponerse al mismo.

A continuación, teniendo en cuenta las diversas medidas que el ordenamiento jurídico laboral pone a disposición del empresario (secuencialidad - *ius variandi*, modificación sustancial condiciones de trabajo y suspensión) se procederá al estudio de la que posibilita la resolución.

---

<sup>727</sup> Pero también, conviene no olvidarlo, incrementa las facultades de enjuiciamiento de la Administración o del órgano jurisdiccional pertinente. Circunstancia especialmente sensible, pues, los riesgos a que se acabe instaurando un sistema de “cogestión” administrativa o judicial no son nada desdeñables. Una exposición de los diversos modelos de control que pueden plantearse en, **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 82. Más crítico resulta CECA MAGÁN al referirse a los tribunales como “empresarios sin riesgo” en tanto que son ellos los que en último término deciden la idoneidad de la medida propuesta. **CECA MAGÁN**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 66.

<sup>728</sup> **MONEREO PÉREZ**. *Art. 51*, op. cit., p. 619.

<sup>729</sup> **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*. En “Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual”. Lex Nova. Valladolid, 2001, Vol. II, p. 183.

<sup>730</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 65.

Según la STS 14 de junio 1996<sup>731</sup>, el empresario está facultado para resolver los contratos si existe una situación desfavorable o de dificultad motivada por una “causa o factor desencadenante” e incide, al menos, en una de las cuatro áreas o esferas enumeradas por el Legislador<sup>732</sup>. La concurrencia de dichos desencadenantes deben incidir de manera desfavorable, bien, en la *rentabilidad* de la empresa<sup>733</sup>; o bien, en su *eficiencia* (“más adecuada” o “mejor” organización de los recursos)<sup>734</sup>. Por consiguiente, los arts. 51.1 y 52.c) TRET distinguen dos niveles de riesgo diferenciado: el que se vincula a los ámbitos económicos y el relativo a los organizativos, técnicos o de producción.

También se exige la amortización de uno o varios puestos de trabajo<sup>735</sup>, entendida desde una perspectiva *organicista*<sup>736</sup>. Por lo tanto, sin que sea exigible la eliminación de las

---

<sup>731</sup> Ar. 5162. Pese a que se trata de una sentencia que resuelve un supuesto anterior a la reforma operada por el Decreto-Ley 8/1997 y, por lo tanto, centrada en la interpretación del art. 51.1.2º TRET, nada obsta que pueda extenderse a lo previsto en el art. 52.c) TRET, después de la mencionada reforma. De todos modos, debe relativizarse debidamente la importancia de este pronunciamiento, al menos jurisprudencialmente, dado que se trata de reflexiones *obiter dicta*.

Resulta interesante la crítica que sostiene la STSJ Madrid 12 de noviembre 2002 (AS 2003\1199) al planteamiento de esta sentencia del TS, por “el reduccionismo que le impronta la óptica estática desde la que se formula, silenciando matices relevantes que (...), añoran desde una perspectiva dinámica, y por primar enfoques económicos que no casan con las denominaciones legales reputando así ‘ámbitos de afectación’ lo que la Ley define como ‘causas’ y como ‘causas’ lo que la norma establece como ‘finalidades’ del *despido*” [la cursiva es nuestra]. En la doctrina, *vid. NAVARRO NIETO. Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, op. cit., p. 830 y ss.*

<sup>732</sup> FJ 4º: Aspectos técnicos (los medios de producción), organizativos (los métodos o sistemas de trabajo), productivos (bienes que se pretende colocar en el mercado) y económicos (resultados de explotación). En este sentido, puede afirmarse que la introducción de nuevas causas resolutorias a partir de 1994 es más aparente que real, sin que pueda apreciarse realmente una ampliación del concepto de causas con respecto al régimen jurídico anterior. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS. El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 89.**

No obstante, debe tenerse en cuenta que, tal y como establece la Disposición Transitoria 7ª TRET, “Toda extinción de la relación laboral producida con anterioridad al 12 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se regirá en sus aspectos sustantivo y procesal por las normas vigentes en la fecha en que aquélla hubiera tenido lugar. A los procedimientos iniciados con anterioridad al 12 de junio de 1994 al amparo de lo dispuesto en los artículos 40, 41 y 51 de esta Ley según la anterior redacción, les será de aplicación la normativa vigente en la fecha de su iniciación”. *Vid.* al respecto - y comparando el régimen jurídico previsto en 1994 con el vigente con el ET’80 -, STS [C-A] 8 de marzo 2002 (LA LEY JURIS: 3535/2002).

<sup>733</sup> “Situación económica negativa” (art. 51.1 TRET); o “situaciones económicas negativas” (art. 52 c TRET).

<sup>734</sup> Afectando a su “viabilidad futura” (art. 51.1 TRET); o bien impidiendo su “buen funcionamiento” (art. 52.c TRET).

<sup>735</sup> Pese a que el art. 51 TRET no se refiera expresamente a la “amortización del puesto de trabajo”, y pese a las dudas planteadas durante la vigencia del ET’80, en la actualidad doctrina y la jurisprudencia son unánimes en afirmar que no se trata de una exigencia adicional exclusiva del art. 52 c) TRET, sino que también es predicable para los ceses *ex art.* 51 TRET. **BLASCO PELLICER. La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, op. cit. (versión digital); PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”, op. cit., nota 51, p. 97; LUQUE PARRA. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, op. cit., p. 308 y 309; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 54.** En contra, **SENRA BIEDMA. Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación, op. cit., p. 258.** No obstante, un sector de la doctrina entiende que esta circunstancia no puede calificarse propiamente como un requisito, pues, la amortización “constituye una consecuencia lógica del *despido* por causas empresariales” [la cursiva es nuestra]; y, por ello, no sólo debe exigirse en los supuestos del art. 52 c. TRET, sino también, aunque la norma no lo prevea expresamente, en los del art. 51 TRET. **DEL REY GUANTER. Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit., p. 196.** *Vid.* también, **MARTÍNEZ EMPERADOR. Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.** En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 365; **LÓPEZ GÓMEZ. Las causas**

funciones asignadas a los puestos de trabajo que desempeñaban los trabajadores desvinculados de la empresa<sup>737</sup>.

Además, no puede estimarse que el Legislador haya introducido una presunción *iuris tantum* a favor de la medida de extinción cuando la empresa está en alguna de las situaciones anunciadas<sup>738</sup>. Debe existir, por el contrario, una “conexión de funcionalidad o instrumentalidad” entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Lo que implica que, paralelamente, si se estima inviable la empresa, habrá de acreditarse que las extinciones acortan la situación de pérdidas prolongadas<sup>739</sup>; si, en cambio, lo que se pretende es reducir la plantilla, debe acreditarse la *razonabilidad* de las medidas propuestas<sup>740</sup>. Esto es, si son adecuadas o proporcionadas al fin perseguido (si hay coherencia o adecuación entre los medios y los fines)<sup>741</sup>. La legitimidad pende, por consiguiente, de la demostración de que aquella medida “contribuya” a resolver la situación; o, lo que es igual, que se trate de una medida razonable y no arbitraria<sup>742</sup>. La importancia del juicio de razonabilidad reside en la voluntad del Legislador de acotar la discrecionalidad empresarial (“atar en corto”, si se nos permite la expresión), en un intento de desvincular la medida de la mera conveniencia empresarial<sup>743</sup>; en

---

*económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 50; y **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, op. cit., p. 185.

<sup>736</sup> Un análisis de la evolución doctrinal y jurisprudencial de las tesis organicistas y funcionalistas en, **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital); **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 33; **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994, p. 73 y ss.; y **FERNÁNDEZ BERNAT**. *La amortización del puesto de trabajo y desaparición de las funciones en el despido por causas objetivas del art. 52 c) ET*. AL nº 26, 2002 (versión digital).

<sup>737</sup> Así, el sentido de la expresión “amortizar un puesto de trabajo” se refiere a su supresión, sin que ello equivalga a la desaparición de las funciones que en él se hacían. Por consiguiente, cabe la posibilidad (como recoge la STSJ País Vasco 12 de abril 2005, AS 2118) que éstas se sigan realizando en el seno de la empresa, asumiéndolas otros trabajadores (STS 15 de octubre 2003, RJ 2004\4093); directamente el propio empresario (STS 29 de mayo 2001, RJ 5452). O bien, que pasen a efectuarse por un tercero mediante una contrata (SSTS 21 de marzo 1997, RJ 2615; y 3 y 4 de octubre 2000, RJ 8291 y 8660). *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>738</sup> SSTSJ País Vasco 12 de abril 2005 (AS 2118); y Comunidad Valenciana 30 de enero 1996 (AS 811).

<sup>739</sup> En contra de esta interpretación, **CECA MAGÁN** apunta (rotundamente) que, en tanto que la norma exige que la medida alcance una determinada finalidad, debe exigirse su sujeción a los criterios y parámetros legales establecidos, pues, si el Legislador hubiera querido desvincular ambos supuestos así lo hubiera previsto. **CECA MAGÁN**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 35 y 36.

<sup>740</sup> En la doctrina, *vid.* al respecto, por todos, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 184.

<sup>741</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 2 de mayo 1995 (AS 3585).

<sup>742</sup> STSJ Comunidad Valenciana 30 de enero 1996 (AS 811). En términos similares, citando la STSJ Comunidad Valenciana 1 de marzo 1996 (AS 551), **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital): “se trata de acreditar una relación de cierta eficiencia entre el *despido* y el fin propuesto” [la cursiva es nuestra].

<sup>743</sup> Por consiguiente, “la empresa habrá de probar, desde luego, que concurren causas tecnológicas, económicas, etc. para despedir, pero además habrá de demostrar, no tanto que la medida adoptada es la expresamente indicada para justificar el *despido*, sino, por lo menos que esa medida es “razonable” adoptarla ante la situación empresarial” [la cursiva es nuestra]. STSJ Comunidad Valenciana 30 de enero 1996 (AS 811). Pronunciamiento que sigue el planteamiento de las SSTSJ Asturias 28 de abril 1995 (AS 1450); Baleares 11 de mayo 1995 (AS 1783) y 16 de junio

definitiva, y perdón por la reiteración, en la *cuantificación* del riesgo no ordinario<sup>744</sup>. Pero no sólo eso, pues, el órgano jurisdiccional o administrativo que valore la decisión empresarial no pueden desestimarla porque existan otras posibles medidas igualmente razonables<sup>745</sup>. Elementos que tratan de responder a una determinada concepción de la estabilidad en el empleo, esto es, el nivel de riesgo que socialmente se estima como deseado en este tipo de situaciones (de todos modos - como se analizará - el TS ha optado por relativizar la importancia del juicio de razonabilidad, especialmente cuando concurren pérdidas económicas, dando lugar a un juego de presunciones ciertamente discutible).

Desde esta perspectiva, el estudio de los diversos aspectos derivados del régimen jurídico de la resolución del contrato por ‘causas de empresa’ puede englobarse, en términos generales, en dos grandes bloques de materias; y que, en su conjunto, conforman lo que podría denominarse el estatuto protector del trabajador frente a la excesiva onerosidad motivada por ‘causas de empresa’.

El primer bloque, está integrado por aquellos aspectos que inciden en la descripción del nivel de riesgo exigido para proceder a resolución contractual y que delimitan el ámbito de aplicación de estos supuestos de ineficacia contractual. Esto es, la tipología de los riesgos a los que las ‘causas de empresa’ hacen referencia (a.-). Y, el segundo bloque se refiere a todos aquellos aspectos estrictamente formales dirigidos a monitorizar la decisión empresarial y a paliar los efectos que la misma tiene sobre el trabajador afectado (b.-).

Respecto al primer bloque de materias, el estudio debe diseccionarse analizando los supuestos en los que puede resolverse el contrato en base a una disminución de la *rentabilidad* - afectando a “lo económico” (a.1.-); o bien, si se alega una disminución de la *eficiencia* - repercutiendo en “lo técnico, organizativo o productivo” (a.2.-). Por otra parte, también debe analizarse el tratamiento que las doctrinas jurisprudencial y judicial han desarrollado al respecto (sin olvidar hacer una breve referencia al tratamiento dispensado en sede administrativa), haciendo especial hincapié en la resolución del contrato derivada de la descentralización productiva a través de una contrata (a.3.-). Las particularidades de este último supuesto, así como la relevancia económico-productiva que estas reestructuraciones empresariales han

---

1995 (AS 2260); y La Rioja 21 de abril 1995 (AS 1373). Por otra parte y en términos generales, se entiende que “la adecuación o proporcionalidad de la amortización se proyecta sobre hechos pasados y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional, no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a hechos históricos, sino de apreciación de razonabilidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica”. STSJ Extremadura 21 de marzo 1997 (AS 1070).

<sup>744</sup> Pues, como afirma NAVARRO NIETO, “el problema, en definitiva, se sitúa inicialmente en la delimitación de los elementos normativos sobre los que debe articularse el juicio de racionalidad de la decisión empresarial”. La referencia al juicio de razonabilidad constituye nada más que un requisito más “a la prueba de la objetivación de las circunstancias empresariales”. NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 820 y 823.

<sup>745</sup> SALA FRANCO. *La reforma del mercado de trabajo*, op. cit., p. 229.

adquirido en los últimos tiempos, justifican esta especial atención<sup>746</sup>; sin que, en modo alguno, deba entenderse que constituye una causa resolutoria diferenciada de las anteriormente apuntadas. Otro aspecto que debe ser objeto de estudio es el “nuevo” motivo resolutorio previsto en el art. 52.e) TRET, entendido como una especialidad del régimen previsto en los arts. 51 y 52.c) TRET y relativo a la resolución de las contrataciones indefinidas para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable (a.4.-).

Respecto al segundo bloque de materias (b.-), se procederá al análisis de los aspectos procedimentales vinculados a cada una de estas modalidades resolutorias así como lo relativo a las diversas garantías que el ordenamiento jurídico trata de dispensar al trabajador afectado.

El análisis se completará con el estudio de la regulación que la autonomía colectiva ha dispensado respecto de ambos bloques de materias citados (c.-) y, finalmente, con el análisis de las cuestiones vinculadas a la dimensión estrictamente judicial (calificaciones judiciales posibles y normas relativas a la ejecución procesal) - (d.-). Aspecto esencial en la configuración jurídico-positiva del *favor negotii* como se ha comprobado con ocasión del estudio del despido.

## ***a.- Tipología de los riesgos.***

### ***a.1.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la rentabilidad.***

En términos generales, se entiende que la disminución de la rentabilidad se circunscribe al ámbito de los resultados de la explotación<sup>747</sup>. Aunque persiste la referencia a las “causas

---

<sup>746</sup> “La complejidad de las operaciones empresariales, la regulación y desregulación de los mercados, el estadio en el que se encuentra la tecnología y su rápido avance, y la necesidad de mantener un constante crecimiento empresarial son las condiciones que conllevan a que las empresas ‘vivan y respiren cambiando’. Es esta necesidad del cambio continuo la justificación principal de lo que ha venido a denominarse como *outsourcing revolution*, entendido como el creciente proceso de externalizar fases o actividades del ciclo productivo para centrar los recursos empresariales en las actividades que configuren el ‘corazón del negocio’ y así aumentar la rentabilidad y competitividad empresarial”. **DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA.** *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*, *op. cit.*, p. 522. Piénsese que la reorganización empresarial, mediante la transmisión parcial de unidades productivas, se ha constituido en un método recurrente para la superación de crisis empresariales. **MONEREO PÉREZ.** *Descentralización productiva y empresa en crisis*. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000, p. 98 y 99; y **RODRÍGUEZ RAMOS.** *Escisión de empresas y externalización de servicios*. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, *op. cit.*, p. 366 y 367.

<sup>747</sup> SSTS [C-A] 24 de septiembre 2001 (RJ 9334); y 14 de julio 2003 (RJ 6260): “En efecto, por causa económica, concepto jurídico indirectamente determinable, hay que entender la que actúa sobre el resultado de la gestión empresarial en su conjunto, sobre la relación de ingresos y costes, de beneficios y pérdidas, es decir sobre el equilibrio de la empresa. La determinación de este equilibrio se vincula a los ingresos obtenidos por la empresa por la venta de su productos o bienes producidos y, en consecuencia, tiene en cuenta la cantidad producida, la cantidad vendida, los ingresos generados por la venta de esa producción (en su distinta consideración económica: ingresos totales, medios y marginales) y los costes. En la determinación de los ingresos hay que relacionar la cantidad producida con la cantidad vendida y ésta con el precio que depende de la demanda del mercado y el nivel de oferta total existente”. *Vid.* también, SSTS 14 de junio 1996 (RJ 5162); y 6 de abril 2000 (RJ 3285); SSTSJ Cataluña 21 de noviembre 2004 (AS 165); Extremadura 8 de marzo 2004 (AS 655); y País Vasco 18 de noviembre 2003 (AS

económicas” – empleando la terminología de la ley - como posible ámbito empresarial susceptible de afectación por un acontecimiento sobrevenido, el Legislador opta por precisar su significado, remitiéndose al término “situación económica negativa”<sup>748</sup>. Frente a la concepción generalizada anterior, que lo identificaba con situaciones excepcionales y patológicas, a partir de 1994 se descarta que deba materializarse necesariamente en una crisis definitiva (casi

---

2004\331). O bien, “desequilibrios graves en el balance y la cuenta de resultados” (STSJ Andalucía/Málaga 4 de octubre 1996, AS 3691).

<sup>748</sup> Art. 52.c) TRET: “contribuir a la superación de situaciones económicas negativas”; y art. 51.1 TRET: contribuya, si son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa”. En tanto que la redacción de ambos preceptos no es idéntica, la doctrina ha discutido hasta qué punto puede predicarse su similitud. En primer lugar, el art. 51 TRET utiliza la expresión “contribuya” y el art. 52 c) TRET “con el fin de contribuir”. Como expone GIL SUÁREZ, de la interpretación literal del art. 52.c) TRET podría interpretarse que “el requisito se cumple con la sola intención o deseo de que la contribución se realice, aunque luego no se consiga de hecho”. Es decir, bastaría que “esa medida extintiva se efectúe con la intención de obtener esa contribución”. Lo que fijaría una diferencia sustancial entre ambos preceptos, dado que en el supuesto del art. 52.c) “prácticamente se eliminaría la necesidad de establecer un nexo o vínculo entre el despido y la superación de la situación negativa”; pues si basta con que se intente o desee contribuir a la superación de la crisis, “no siendo necesario que esta contribución se llegue a hacer realidad, esto equivaldría de hecho a eliminar toda conexión entre el cese y la superación de la crisis”. A pesar de todo esto, el citado autor estima que la expresión “con el fin de contribuir” debe ser entendida en el sentido de que el fin pretendido ha de ser logrado; esto es, que la resolución ha de contribuir a superar la situación económica negativa. GIL SUÁREZ. *Modificaciones del despido objetivo en la reforma de 1997. Últimos criterios jurisprudenciales*. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999, p. 365.

Por otra parte, como recoge PRADOS DE REYES, desde algún sector doctrinal (por ejemplo, DEL REY GUANTER. *El despido colectivo y la reforma laboral de 1997*, op. cit., p. 19; DURÁN LÓPEZ. *El tratamiento de los despidos económicos no colectivos en la evolución normativa y jurisprudencial*, op. cit., p. 293; MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, op. cit., p. 116 y 117; y ARAMENDI SÁNCHEZ. *Claros y oscuros tras la reforma del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 785 y 786) se ha sostenido que la referencia a “situaciones económicas negativas”, en plural, ex art. 52.c) TRET, frente a la utilización de la misma expresión pero en singular (“situación económica negativa”), ex art. 51.1 TRET, podría poner de manifiesto que en los supuestos de extinción plural o individual se dispondría de una mayor amplitud conceptual. De tal modo que comprendería situaciones que, sin llegar a arrojar resultados desfavorables o negativos del balance de la empresa, apuntaran “a la previsibilidad de esta situación o cuando menos [manifestaran] esa tendencia”. En definitiva, se podría llegar a admitir que situaciones calificables como “negativa evolución de los beneficios” pudieran subsumirse en el supuesto de hecho del art. 52.c) TRET. Extremo al que, por otra parte, no se adhiere, pues estima que la expresión “situaciones económicas negativas” hace referencia a algo más que a aquella mala evolución de los beneficios. PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 51 y 52. Comparten esta opinión, GIL SUÁREZ, op. cit., p. 365; MONTOYA MELGAR. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 61; CECA MAGÁN. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 32; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 61; y BLASCO PELLICER. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital); y DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997*, op. cit., p. 465.

Finalmente, la STS 30 de noviembre 2002 (RJ 10679) ha declarado que, pese a la reforma introducida por la Ley 63/1997, la causa económica es prácticamente idéntica en ambos preceptos, siendo irrelevante la única diferencia que ha introducido la citada norma, al sustituirse el singular de la “situación económica negativa”, por el plural.

terminal)<sup>749</sup>. De modo que el presupuesto paradigmático viene dado por una situación no definitiva, es decir, recuperable<sup>750</sup>.

Pese a la aparente unanimidad doctrinal y jurisprudencial a la hora de identificar las “causas económicas” con la disminución de rentabilidad, lo cierto es que la ausencia de una definición legal desemboca en discrepancias notables en el momento de su aplicación, esto es, a la hora de concretar su contenido “lo que revela sin duda una concepción distinta”<sup>751</sup>.

Circunstancia que proyecta dos problemáticas diferenciadas, pero estrechamente vinculadas. En primer lugar, (i.-) la propia definición de “causa económica”; y, en segundo lugar y derivado de lo anterior, (ii.-) su acreditación y prueba.

i.- En cuanto a la primera cuestión, sintetizando, la discusión se centra en determinar cuándo debe entenderse que concurre una situación económica negativa. Lo que motiva un (i.1.-) replanteamiento de los tradicionales caracteres de *realidad*, *objetividad*, *suficiencia* y *actualidad*<sup>752</sup>; y (i.2.-) un análisis de la realidad empresarial afectada por el hecho sobrevenido, desde un punto de vista *espacial*.

i.1.- En el seno de la doctrina laboral se admite la vigencia de los caracteres de *actualidad*, y *realidad*, aunque con matizaciones con respecto a su concepción previa<sup>753</sup>. Mayor discusión plantea – como se analizará - la exigencia de la *objetividad* y la *suficiencia*. Paralelamente,

---

<sup>749</sup> Entre otros, **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 41; **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 50 y 51; **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital). Para este autor, el concepto de “crisis” es el elemento que actúa como condicionante para la operatividad de la causa económica, aunque con matizaciones. La crisis, sin equipararse a una situación de crisis total o de inviabilidad de la empresa, se refiere a una “situación económica difícil” (p. 50). En términos similares, **DURÉNDEZ SÁEZ**. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 158; y (recogiendo el criterio jurisprudencial) **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 823.

<sup>750</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Un nuevo posicionamiento sobre la causa económica en los despidos (Comentario a la STSJ Navarra 28 de noviembre 1997)*, op. cit. (versión digital). En la jurisprudencia, entre otras, SSTs [C-A] 24 de septiembre 2001 (RJ 9334); y 14 de julio 2003 (RJ 6260).

<sup>751</sup> **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital).

<sup>752</sup> Siguiendo la exposición de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, la jurisprudencia venía exigiendo que la crisis fuera *objetiva*, esto es, generadora de real imposibilidad y convenientemente acreditada (vinculándose en numerosas ocasiones a la nota de excepcionalidad). Por lo tanto, la crisis debía obedecer a circunstancias que se producen ‘sobre su voluntad y en contra de ella’, exigiéndose que la gestión empresarial estuviera basada en la buena fe y en la diligencia adecuada (especialmente a la hora de tratar de remediar la situación). En segundo lugar, la situación crítica debía ser *real*. En este sentido, no bastaba con alegar la situación de crisis que genéricamente padecía el sector de producción, sino que debía acreditarse fehacientemente (de manera objetiva y de un modo indubitado) la realidad de la crisis en y por la empresa. En tercer lugar, la referencia a la *suficiencia* de la crisis, daba a entender que debía obedecer a una situación fundada y de carácter permanente y no meramente coyuntural”, debiendo revestir “una entidad que la haga irreversible”. Finalmente, la crisis debía ser *actual*, esto es, “existente realmente en el momento del expediente, circunstancia que no puede ser sustituida por presunciones obtenidas por deducción de fenómenos reales, sino que ha de fundarse en hechos comprobables y no en hipótesis de futura realización”. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 43 a 48.

<sup>753</sup> **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 54; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 822 y 823; **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 64 a 68; y **SELLAS I BENVINGUT**. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 156 y 157.



la jurisprudencia sigue admitiendo la validez de todos estos elementos<sup>754</sup>, aunque también se ha discutido los contornos de la *objetividad* y de la *suficiencia*.

Dejando al margen los caracteres de *realidad* y *actualidad*, por suscitar una controversia – por decirlo de algún modo - de “baja intensidad”<sup>755</sup>, se procede al análisis de los que mayores conflictos están planteando.

En lo relativo a la *objetividad*, LÓPEZ GÓMEZ defiende que sigue siendo exigible, siempre y cuando por tal se entienda “circunstancias de hecho sobrevenido, no previsto, ni buscado intencionadamente por aquél [el empresario], es decir, que no obedezca a la mera conveniencia del mismo, ni que la situación haya sido desencadenada o provocada por su actuación deliberada”<sup>756</sup>. En este sentido, la STS [C-A] 7 de mayo 2003<sup>757</sup> ha declarado que “sin prescindirse de toda valoración de la conducta del empresario en el desencadenamiento de la [causa alegada]”, no es posible “negar la vía de regularización solicitada a quien únicamente cabría imputar una gestión desacertada en el desarrollo de su actividad empresarial. La gestión desacertada y la falta de previsión adecuada son las causas que originan más frecuentemente las crisis empresariales, y eliminar la posibilidad de acudir a medios legales de regularización por su concurrencia en la conducta del solicitante supondría cercenar prácticamente la aplicación del

---

<sup>754</sup> Las STS 24 de abril 1996 (rec. n° 3543/1995, BDCGPJ) admite la vigencia de estos elementos, aunque suaviza el rigor con el que deben aplicarse. Planteamiento seguido por los TSJ. Así, con respecto a las causas económicas, como sintetiza la STSJ País Vasco 16 de septiembre 2003 (AS 3655): “Debe probar plenamente, que la situación económica de la empresa es negativa, lo que implica demostrar la existencia de una situación de crisis actual (STSJ Castilla y León 21 de marzo 1995, AS 934); real (SSTSJ Andalucía 18 de noviembre 1995, AS 4233); y Murcia 4 de julio 1997, AS 2948) y con entidad suficiente para justificar la amortización del puesto de trabajo (STSJ Cataluña 6 de noviembre 1995, AS 3967; y Andalucía 19 de octubre 1995, AS 3848)”. *Vid.* también, SSTSJ Navarra 28 de julio 2004 (JUR 243398); y Madrid [C-A] 27 de abril 2005 (JUR 159959).

<sup>755</sup> En lo relativo a la *realidad* de la causa económica, no se han suscitado controversias relevantes. *Vid.*, **CRUZ VILLALÓN**. *Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos*, *op. cit.*, p. 24 y 25. En cuanto a la *actualidad*, como recoge BELTRAN MIRALLES, sigue siendo exigible que la causa económica se constate en el momento de la extinción, constituyendo un hecho actual no futuro. **BELTRAN MIRALLES**. *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996)*, *op. cit.*, p. 839. *Vid.* también, recogiendo los pronunciamientos jurisprudenciales, **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*, *op. cit.* (versión digital); y **BODAS MARTÍN**. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas*. RDS n° 16, 2001, p. 103. No obstante, como recoge un sector de la doctrina, recientemente, la jurisprudencia ha admitido la legalidad de la resolución planteada en base a “hechos futuros” o bien sobre la base de una “previsión de futuro fundada en expectativas razonables”. **FERNÁNDEZ BERNAT**. *Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52 c) ET*, *op. cit.*, p. 576; y *La amortización del puesto de trabajo y desaparición de las funciones en el despido por causas objetivas del art. 52 c) ET*, *op. cit.* (versión digital); y **ALEMÁN PAÉZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 368.

<sup>756</sup> **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, *op. cit.*, p. 67. En contra, apunta el mismo autor, GOERLICH PESET (*La extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 78) defiende que en la estructura del art. 51.1 TRET no se exige ninguna valoración de la imputabilidad de las causas (nota 172, p. 67). DEL REY GUANTER, en cambio, sostiene que la actualidad ya no puede exigirse, pues en la redacción dada en 1994, se tiene en cuenta no sólo la situación presente sino también la futura. Lo que afecta también a la *objetividad*, matizando su contenido, especialmente, en las causas organizativas, porque la inadecuación del componente organizativo nacerá de unas decisiones empresariales previas; y, por otra parte, porque, a diferencia de las causas económicas de más fácil constatación, se han introducido ámbitos más indeterminados, en los que la discrecionalidad empresarial tiene un espacio de juego más amplio. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 183. En términos similares, **BELTRAN MIRALLES**. *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996)*, *op. cit.*, p. 839.

<sup>757</sup> RJ 4559. Siguiendo este planteamiento, SSTSJ Madrid [C-A] 19 de octubre y 1 de junio 2005 (JUR 112170 y RJCA 197); y 18 de febrero 2004 (JUR 250154).

apartado 9º del artículo 49, al equipararlo a supuestos estrictamente fortuitos u originados por una causa de fuerza mayor”.

En cuanto a la *suficiencia*, pese a que el TS descartó que debiera identificarse con situaciones de crisis irreversible, reconduciéndolo a situaciones de viabilidad amenazada<sup>758</sup>, se trata de un parámetro que ha suscitado mucha controversia dividiendo a la doctrina y a la jurisprudencia. En síntesis, se discute si la evolución decreciente de beneficios queda subsumida en el concepto legal de causa económica<sup>759</sup>. Esto es, de un modo genérico, si la situación económica negativa de la empresa resulta ser un mero episodio dentro de su dinámica de funcionamiento económico, por lo tanto, esporádico o coyuntural; o bien, debe exigirse una cierta consolidación de la misma<sup>760</sup>.

En la doctrina existe unanimidad en afirmar que la utilización del término “negativo”, parece exigir una cierta patología económica, sin que en ningún caso deba reconducirse a los planteamientos de crisis irreversible de antaño<sup>761</sup>. Es decir, sólo está justificada como “reacción defensiva” y no como “medida positiva de mejora de la posición competitiva de la empresa o de su rentabilidad”<sup>762</sup>. Ahora bien, a partir de esta premisa inicial, el posicionamiento doctrinal ha sido dispar, pudiéndose distinguir dos planteamientos claramente contrapuestos.

Un sector sostiene que la constatación de las pérdidas y la entidad de las mismas continúa siendo un requisito inexcusable para la validez de la resolución planteada por el empresario<sup>763</sup>. Aunque, se ha afirmado que el contenido del término “suficiencia” ha sufrido

---

<sup>758</sup> STS 24 de abril 1996 (rec. nº 3543/1995, BDCGPJ).

<sup>759</sup> Un análisis exhaustivo de la doctrina de los TSJ y del TS al respecto en, **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*, op. cit. (versión digital).

<sup>760</sup> En opinión de SAN MARTÍN MAZZUCONI estas circunstancias constituyen delimitan un nuevo requisito, la *estructuralidad*, diferenciado del de suficiencia. **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*, op. cit. (versión digital).

<sup>761</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 181; y **PRADOS DE REYES**. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 54. No obstante, en la terminología empleada por algunos Tribunales se sigue acudiendo a expresiones ciertamente ambiguas y próximas a concepciones normativamente superadas. Por ejemplo, en la STSJ Comunidad Valenciana 14 de marzo 2005 (AS 1162) se afirma que “se entiende por causas económicas que justifican la amortización de puestos de trabajo las de tal clase que incidan desfavorablemente en el seno de la empresa, con manifestación no circunstancial, y que produzcan el desequilibrio de su balance, poniendo en peligro su subsistencia”. En cambio, en otras resoluciones se sostiene, con mejor doctrina, que para que la decisión extintiva sea procedente no es necesario, que se acredite “la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma de tal entidad que se encuentre comprometida su viabilidad futura”, sino que basta que se pruebe que la “empresa atraviesa por determinadas dificultades de cierto nivel y entidad para cuya superación es adecuada y razonable la medida extintiva adoptada” (STSJ La Rioja 1 de marzo 2005, AS 650).

<sup>762</sup> **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 262; y **BELTRAN MIRALLES**. *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996)*, op. cit., p. 839.

<sup>763</sup> **DURÉNDEZ SÁEZ**. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 167. Gráficamente, viene a constituir, por tanto, en “una ‘medida reparadora’ de una situación crítica, es decir, como una medida que se proyecta hacia el pasado” (p. 168). Exigiendo, asimismo, la existencia de pérdidas, **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 71; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales*. AL 1997 - I, p. 217; **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 113; **SAMPEDRO CORRAL**. *El acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo y la reforma laboral de 1997*. DL nº 54, 1997, p. 65; y **BODAS MARTÍN**. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas*, op. cit., p. 102.

cierta erosión, desde el instante que se ha conectado con la eficiencia futura que la medida extintiva deba tener en orden a superar la situación planteada<sup>764</sup>; o bien, con la atenuación del requisito de la continuidad o estructuralidad<sup>765</sup>. En cambio, otros autores, han sostenido que una “evolución decreciente” de los beneficios también podría legitimar la resolución contractual<sup>766</sup>.

Lo cierto es que habida cuenta de la ambigüedad que presenta la regulación legal al delimitar las exigencias de justificación de las resoluciones contractuales, y la necesidad de acudir a un sistema esencialmente casuístico, el TS parece haber optado por seguir un canon interpretativo no acotado o, si se prefiere, flexible<sup>767</sup>. Existen pronunciamientos en los que se entiende que la situación económica negativa se evidencia en tanto que se generen pérdidas<sup>768</sup> de entidad “suficiente”<sup>769</sup>. Circunstancia que no debe vincularse estrictamente a situaciones

---

<sup>764</sup> PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 53; y MARTÍNEZ EMPERADOR. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales*, op. cit., p. 215.

<sup>765</sup> MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, op. cit., p. 115.

<sup>766</sup> Para SEMPERE NAVARRO, “la sentencia [STS 24 de abril 1996] dice lo que dice: que cuando hay pérdidas importantes se está ante situación económica negativa. No se afirma, desde luego, pero tampoco se rechaza, que con pérdidas poco importantes o incluso sin ellas pueda concurrir también dicho presupuesto”. SEMPERE NAVARRO. *Un nuevo posicionamiento sobre la causa económica en los despidos (Comentario a la STSJ Navarra 28 de noviembre 1997)*, op. cit. (versión digital). Abogando por la posibilidad de resolver el contrato ante beneficios decrecientes, DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 181; DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 263; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y ROQUETA BUJ. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, op. cit., p. 88 y 100; LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 285 y 286; MONTOYA MELGAR. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 61 y ss.; y *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*, op. cit. (versión digital); ALEMÁN PÁEZ. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*. RL 2002 - I, p. 368 y 369; APILLUELO MARTÍN. *El despido individual por causas económicas del art. 52, ap. c) del TRET*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997, p. 122 a 124; ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA. *Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas*, op. cit., p. 245; MENDOZA. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley*, op. cit., p. 195; LÓPEZ ANIORTE. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, op. cit., p. 86; y ELORZA GUERRERO. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 169.

De todos modos, como apunta DEL REY GUANTER, más allá de la dicotomía entre pérdidas-beneficios decrecientes, la solución al debate puede alcanzarse por una tercera vía, esto es, reconduciendo la situación de beneficios decrecientes a otra de las causas enumeradas en el art. 52.c) TRET. DEL REY GUANTER. *El despido colectivo y la reforma laboral de 1997*, op. cit., p. 19.

<sup>767</sup> SSTS [C-A] 24 de septiembre 2001 (RJ 9334); y 14 de julio 2003 (RJ 6260); y STSJ Castilla La Mancha 27 de septiembre 2003 (AS 1322).

<sup>768</sup> STS 24 de abril 1996 (rec. n° 3543/1995, BDCGPJ); y STSJ La Rioja 22 de julio 1996 (AS 2662). Aunque, como apunta la STSJ Andalucía (Sevilla) 20 de septiembre 2003 (AS 871), con el fin de obtener el fiel reflejo de la realidad económica de la empresa, “la situación de rentabilidad debe considerarse negativa no en atención a elementos aislados de la actividad empresarial, sino en función de conjunto de los mismos, esto es, sin limitarse al examen de lo que se considera en términos contables ingresos o resultado de la explotación ordinarios o por actividades ordinarias, sino extendiéndolo a los financieros, extraordinarios o por actividades extraordinarias; (...) pues la supervivencia de unos puede depender precisamente de otros y ello tanto para justificar un cese aun habiendo beneficios de la explotación, como para rechazarlo cuando haya pérdidas en éste, siempre que otros factores (financieros, comerciales, etc.) conduzcan a un resultado final y global de sentido distinto”.

<sup>769</sup> SSTS 14 de mayo 1998 (RJ 4650); y 6 de abril 2000 (RJ 3285).

definitivas o “irreversibles”<sup>770</sup>, sino que basta que sean recuperables; en las que la adopción de la medida extintiva busque y pretenda superar esa situación deficitaria de la entidad y consiga un adecuado funcionamiento de la misma<sup>771</sup>.

Sin embargo, el TS también ha admitido que la situación económica negativa se refiere a una incidencia desfavorable en la rentabilidad<sup>772</sup>. Lo que “no equivale necesariamente a una situación de pérdidas”<sup>773</sup>; y, en esta línea, se han dado pronunciamientos que defienden la posibilidad de resolver el contrato en situaciones de beneficios decrecientes<sup>774</sup>.

A nuestro entender, la solución a esta problemática puede intuirse a partir de la perspectiva analítica que ofrece la dogmática jurídica y las bases conceptuales de la excesiva onerosidad. Como punto de partida, debe aseverarse que, como apunta DESDENTADO BONETE, “no se trata tanto de una crisis de la empresa, sino de una crisis del contrato”<sup>775</sup>. De hecho el TS ha admitido que “en principio, la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica y los contratos potencialmente afectados por ésta”<sup>776</sup>.

La resolución en situaciones de beneficios decrecientes de la empresa es un parámetro que difícilmente puede justificar la resolución por ser excesivamente genérico, debiéndose descender a un nivel de análisis más concreto, porque “la onerosidad debe incidir

---

<sup>770</sup> STS 24 de abril 1996 (rec. n.º 3543/1995, BDCGPJ).

<sup>771</sup> SSTS 24 de abril 1996 (rec. n.º 3543/1995, BDCGPJ); 24 de noviembre 2004 (RJ 8059).

<sup>772</sup> STS 14 de junio 1996 (RJ 5162).

<sup>773</sup> STSJ Cantabria 19 de octubre 2000 (AS 3901).

<sup>774</sup> STS [C-A] 14 de julio 2003 (RJ 6260): “como ha considerado nuestra jurisprudencia, desde una concepción flexible para que proceda la regulación no es preciso una situación económica prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida contribuya a superar esta situación”. En términos similares, se ha afirmado que “es cierto que, hasta el momento, el balance de los ejercicios anuales resulta positivo, mas el análisis de la evolución negativa permite afirmar que nos hallamos ante un supuesto previsto en la norma en cuestión, para lo que no es exigible que la empresa sea netamente deficitaria. La situación negativa puede ser afirmada cuando la empresa pierde margen de beneficios de manera continuada y progresiva lo que puede llegar a amenazar su futuro si no se adoptan las medidas adecuadas”. STSJ Cataluña 4 septiembre 1996 (AS 3639). En términos similares, SSTSJ Andalucía (Sevilla) 9 de octubre 2004 (AS 1374); Aragón 14 de julio 2004 (AS 2564); Castilla y León (Valladolid) 21 de mayo 1996 (AS 1529); 7 de febrero 1995 (AS 615); 29 de noviembre 1994 (AS 4441).

En contra, se ha sostenido que en estas circunstancias, “para la Ley existen causas económicas cuando a la empresa sobrevenga una situación económica negativa y ello sólo puede significar que el punto de partida es que genera pérdidas en vez de beneficios, en términos matemáticos y contables, cuando el minuendo es menor que el substraendo, cuando los ingresos son menores que los gastos, sólo en tales casos el resto o el resultado es negativo. No puede considerarse negativa, sino meramente menos positiva, la situación en la que no se han producido pérdidas, sino sólo beneficios inferiores a los de años precedentes, pues, en tal caso, no existe ‘necesidad’ objetivamente demostrada, sino sólo la mera conveniencia para obtener mayores beneficios, cuyo supuesto no es el contemplado en la norma. El decrecimiento de los beneficios puede ser un síntoma de que si no se adoptan las medidas - no extintivas - oportunas la empresa puede situarse en una situación económica negativa, pero en sí mismo no es negativa”. SJS Sevilla (n.º 4) 29 de abril 2002 (AS 1850). Doctrina que sigue los pasos de las SSTSJ Cantabria 5 de diciembre 1994 (AS 4881); Andalucía (Málaga) 4 de octubre 1994 (AS 3661); Galicia 8 de febrero 1995 (AS 584); Cataluña 19 de octubre 2000 (AS 3393); Canarias (Las Palmas) 23 de mayo 2003 (AS 2004\334).

<sup>775</sup> **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 263; y **DESDENTADO BONETE** y **DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 58 y 78.

<sup>776</sup> STS 19 de enero 1998 (RJ 996).

objetivamente sobre el contrato aisladamente considerado<sup>777</sup>. Particularización que, como es evidente, debe exigirse con especial intensidad en estos supuestos (más que en ninguno otro), pues, en un escenario de bonanza económica se presume el funcionamiento eficiente de las diversas estructuras productivas. Sin que, por otra parte, sea requisito *sine qua non* para proclamar la legitimidad de la medida empresarial una correlación directa entre el contrato que se pretende amortizar y la causa sobrevenida (como se exigía en el art. 52.c ET<sup>80</sup>). Por consiguiente, el parámetro de referencia es la función económica del contrato *pactada y la utilidad que del mismo obtiene el empresario en atención a las necesidades objetivas de la empresa*.

Es decir, la resolución sólo debe ser admisible si se demuestra que se ha superado sobrevenidamente el *alea* contractual *previsto*. Debiéndose acreditar una cierta correlación entre la utilidad contractual inicialmente prevista y supuestamente perdida y la disminución de rentabilidad alegada. A partir de este enfoque, siguiendo el planteamiento de SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>778</sup>, nada impide proceder a la resolución del contrato pese a que quien lo solicite se halle en una situación especialmente próspera; debiéndose descartar, en cambio, cuando el mantenimiento en vida del contrato puede todavía ser provechoso. Si no se entendiera así, esto es, si se pudiera resolver el contrato pese a ser más provechoso de lo que inicialmente se pactó, pero menos de lo que en un pasado más inmediato lo era, se colegiría que el parámetro para evaluar el equilibrio contractual (la utilidad) no se vincularía a lo originariamente previsto, sino que mutaría con el tiempo. Esto es, adquiriría una naturaleza dinámica, pues se subordinaría a los sucesivos resultados de la explotación, evolucionando de forma paralela. El riesgo originariamente asumido por las partes y plasmado en las respectivas prestaciones contractuales estaría sujeto a una “*especiè*” de “novación” sucesiva e implícita (no pactada) en función de los resultados empresariales, en virtud de las cuales, se actualizaría la equivalencia de las prestaciones, con la “particularidad” de que dicha actualización sólo se tendría en cuenta siempre que beneficiara los intereses del empresario. Extremo que lógicamente no debe admitirse.

Por consiguiente, a partir de un análisis contractual lo más aislado y particularizado *posible*, el parámetro que permita al empresario resolver el contrato no debe ser la utilidad económica inmediata (de los ejercicios económicos más recientes), sino la originariamente pactada<sup>779</sup>. Mientras la utilidad económica de la prestación del trabajador siga siendo positiva, el

---

<sup>777</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 212. DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 78: “la perspectiva de análisis de las causas ha sido tradicionalmente la situación de la empresa. Es una perspectiva errónea. El análisis de las causas si quiere ser útil debe plantearse desde la perspectiva del contrato, teniendo en cuenta las prestaciones básicas del empresario y del trabajador”. De algún modo, dado el estancamiento al que se ha llegado, y siguiendo la propuesta de DEL REY GUANTER apuntada, la solución al debate pérdidas-beneficios decrecientes debe alcanzarse por otra vía, y ésta podría ser una de ellas.

<sup>778</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 212.

<sup>779</sup> No parece entenderlo así, DESDENTADO BONETE. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 263.

empresario no debería poder resolver el contrato, porque dicho riesgo sigue circunscrito en el *alea* normal pactado<sup>780</sup>.

i.2.- Paralelamente, en la delimitación de los contornos de la expresión “situación económica negativa”, se ha discutido el ámbito espacial de afectación, especialmente, en aquellos casos en los que la organización productiva consta de varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo. En este sentido, se ha estimado que la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto o globalidad<sup>781</sup>. Lo que posibilita que en situaciones económicas negativas de la empresa, puedan adoptarse medidas resolutorias en centros de trabajo o secciones que “aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa”<sup>782</sup>.

---

<sup>780</sup> Lo que, por otra parte, no se contradice con la idea de que la causa del contrato debe ser considerada no solamente en el momento en que el contrato surge, sino en todo tiempo que dura según la intención de los contratantes. O sea, que la causa en los negocios jurídicos bilaterales debe darse en dos fases: en el momento de perfección del contrato y en la fase de cumplimiento del contrato (TERRAZA MARTORELL). En virtud de este planteamiento, (PINO) se ha afirmado que la tutela jurídica no puede circunscribirse únicamente al momento inicial, porque entonces no se estaría protegiendo el fenómeno económico considerado como un todo (*vid.* al respecto *supra*, Epígrafe I.2 del Apartado A del Capítulo IV - Primera Parte). Repárese que lo que se pretende con esta interpretación es la posibilidad de evaluar el equilibrio originariamente previsto en función de las vicisitudes que concurren durante la vida del contrato; y, en ningún caso, la mutación sucesiva del riesgo asumido por las partes, como se desprendería si se admitiera la resolución ante beneficios decrecientes.

<sup>781</sup> STS 14 de mayo 1998 (RJ 4650). Descartando la existencia de una situación negativa de crisis siguiendo la doctrina apuntada, entre otras, SSTSJ Asturias 25 de julio 2003 (AS 4014); y Murcia 4 de diciembre 2000 (JUR 2001\64550) – que cita las SSTSJ Cataluña 11 de noviembre 1998 (AS 4222); y País Vasco 18 de mayo 1999 (AS 2311). *Vid.* también SSTSJ Castilla La Mancha 24 de enero 2004 (AS 806); y País Vasco 30 de enero 1996 (AS 208). Un breve análisis de los posicionamientos doctrinales al respecto en, **DEL VALLE VILLAR**. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 75 y 76. MARTÍN VALVERDE, analizando la redacción del art. 52.c) tras la reforma de 1997, asevera que la con omisión de la empresa como marco de referencia, “parece que se quiere flexibilizar el alcance de la pérdida de rentabilidad que la causa económica produce. O, por lo menos, ya no es una exigencia de la interpretación gramatical el que dicha pérdida de rentabilidad se aprecie en los resultados globales”. MARTÍN VALVERDE. *La nueva redacción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Ley 8/1997*, *op. cit.*, p. 179.

En cuanto a las causas económicas concurrentes en los grupos de empresa (dejando al margen las dificultades de la delimitación conceptual de este término - *vid.* al respecto, entre otras, SSTS 30 de junio 1993, RJ 4939; y 26 de septiembre 2001, RJ 2002\1270; y STSJ Galicia 6 de junio 2005, AS 2006\509), la consideración de la situación económica del grupo de empresa sólo se tendrá en cuenta “en los supuestos de ‘gestión patológica’ del agrupamiento empresarial, determinantes de un auténtico abuso de la ‘persona jurídica’, cuando se aplique la doctrina judicial relativa a los ‘grupos de empresas’, doctrina que conlleva la superación del muro de contención que representa la independencia jurídica de las sociedades y la declaración de responsabilidad solidaria entre las empresas del grupo” (STSJ Murcia 4 de julio 2005, AS 2055). Aunque, conviene tener presente que (STS [C-A] 4 de diciembre 2002, RJ 2003\4144) “ni la simple justificación de una crisis que afecte, en general, a todas las empresas que constituyen una agrupación económica es suficiente para relevar a cada una de las que lo integran de demostrar cómo y en qué medida le afecta en particular el motivo tecnológico, económico o productivo en que base su solicitud de regulación de empleo (STS [C-A] 23 de junio 1999, RJ 6403 – un comentario de esta sentencia en, **ELORZA GUERRERO**. *Justificación del despido colectivo en el caso de un grupo económico de empresas*. TL nº 54, 2000), ni puede considerarse que la integración en un grupo económico de la empresa que en concreto promueva el expediente de regulación comporta la obligación de demostrar, formal y exhaustivamente, la realidad efectiva de la crisis afectante al grupo en que se integra, bastando con que haya puesto a disposición de los representantes de los trabajadores los elementos de juicio necesarios para que hayan podido compulsar la realidad de esa crisis generalizada (SSTS [C-A] 11 de junio y 22 de octubre 2001, respectivamente Ar. 4399 y 9153)”. *Vid.* al respecto también, STS [C-A] 20 de octubre 2004 (RJ 7155). La STSJ Extremadura 10 de enero 2003 (AS 1578) tras exigir que la situación económica se evalúe con respecto a todas las empresas que conforman el grupo empresarial, declara el cese improcedente.

Un ejemplo de denegación de un ERE por entenderse que la situación de la empresa debe contextualizarse en el entorno del grupo de empresa, RDGRL 9 de noviembre 2007 (Exp. 154/07).

<sup>782</sup> STS 14 de mayo 1998 (RJ 4650).

ii.- Un aspecto sumamente importante es el relativo a la prueba de la causa alegada por el empresario<sup>783</sup>. La resolución contractual por causas económicas exige la concurrencia de dos requisitos: existencia de una situación económica negativa que afecta a la empresa, y que la medida extintiva contribuya a superarla<sup>784</sup>.

En cuanto a la prueba de la situación económica negativa, “es un hecho presente y, normalmente, de producción no súbita sino progresiva, y su acreditación ha de ser por ello plena por parte del titular”<sup>785</sup>. En términos generales, se entiende que para apreciar la concurrencia de las causas económicas basta, en principio, con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa<sup>786</sup>. Lo que tiene que acreditar el empresario se limita, en principio, a que la “actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo amortizado”<sup>787</sup>. Es decir, debe existir una cierta relación causa/efecto entre las causas alegadas y los puestos a suprimir<sup>788</sup>. Dentro de este marco, al empresario le corresponde la facultad de seleccionar a los trabajadores afectados, sin otra preferencia legal que la prevista para los representantes de los trabajadores (arts. 52.c, 51.7 y 68.1.b TRET y 10.3 LOLS)<sup>789</sup>.

---

<sup>783</sup> En cualquier caso, como límite, debe tenerse presente que el ámbito del control judicial en la resolución por causas de empresa, es un control de legalidad de las concretas resoluciones enjuiciadas, limitado a juzgar sobre la razonabilidad de la misma, aplicando el estándar de conducta del buen empresario, y no puede convertirse en una valoración global o conjunta de la política de personal de la empresa (STS 15 de octubre 2003, RJ 2004\4093).

<sup>784</sup> Por todas, STSJ Cataluña 12 de enero 2005 (JUR 71567).

<sup>785</sup> SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 18 de julio 2005 (AS 1806); y Cataluña 12 de enero 2005 (JUR 71567). Obligación que no desaparece en los supuestos extintivos vinculados a situaciones concursales STSJ Cataluña 27 de septiembre 2005 (AS 2699): “no basta con una referencia al informe de la Autoridad Laboral, sino que hay que reflejar en los hechos probados aquellos elementos de hecho que permitan que el Tribunal pueda valorar en el recurso de suplicación si la extinción colectiva de contratos de trabajo, acordada por el Juez de lo mercantil, cuando la empresa se halla en situación de concurso, se acomoda o no a las exigencias legales para que pueda considerarse procedente”.

<sup>786</sup> Entre otras, STS 15 de octubre 2003 (RJ 2004\4093). Pronunciamiento, en el que el TS declara que la decisión empresarial de resolver el contrato no queda desvirtuada por la conversión simultánea de (dos) contratos temporales en indefinidos, en tanto que los trabajadores afectados no desarrollan las mismas tareas que los cesados y porque dicha decisión responde a “razones de gestión de personal, que entran dentro del campo de actuación de la libertad del empresario en la ordenación de los recursos humanos de la empresa” (FJ 7º). *Vid.* también STSJ Madrid 8 de junio 2000 (AS 3236).

<sup>787</sup> Debe tenerse en cuenta que el art. 52. c) TRET no establece que sólo puedan amortizarse puestos de trabajo concretos y específicos y que el empresario deba probar que son *esos* concretos puestos de trabajo los idóneos, sino que basta que demuestre que es necesaria la amortización de puestos de trabajo indistintos (STS 19 de enero 1998, RJ 996). No obstante, conviene tener presente que, tal y como apunta la STSJ País Vasco 11 de febrero 2003 (AS 47), “tratándose de *despidos* que traen causa en la contribución a superar una mala situación económica de una empresa, resulta más idóneo que, a igualdad de otras situaciones, se elija al trabajador con salario más alto, en la medida en que va a suponer un mayor ahorro para la empresa” [la cursiva es nuestra].

<sup>788</sup> NAVARRO NIETO y SÁEZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 195. Que recoge la opinión de PRADOS DE REYES en el mismo sentido. PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, *op. cit.*, p. 75 y 76.

<sup>789</sup> SSTS 19 de enero 1998 (RJ 996); y 15 de octubre 2003 (RJ 2004\4093). *Vid.* también, SSTSJ Comunidad Valenciana 2 de junio 2005 (AS 1971); y Cataluña 9 de marzo 1999 (AS 725). Aunque estas sentencias se refieren a supuestos vinculados al art. 52.c TRET, la doctrina ha extendido su aplicación a los del art. 51 TRET (*vid.* al respecto, SAÍZ DE MARCO. *La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo*. AJA nº 632, versión digital, BIB 2004\763; y BODAS MARTÍN. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas*, *op. cit.*, p. 95). Una crítica a este modelo, especialmente, en el hecho de que el empresario pueda seleccionar a los trabajadores sin tener en cuenta sus circunstancias personales, LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 431 a 433. *Vid.* al respecto *infra*.

Ahora bien, debe descartarse la idea de que la acreditación de la falta de rentabilidad justifique *per se* la amortización de cuantos puestos de trabajo se estime oportunos, “con independencia de que esa medida tuviera alguna incidencia en orden a solucionar el problema planteado e, incluso, de que la adoptara fuera de cualquier marco razonable de medidas destinadas a superarlo”. Sino que la resolución sólo se justifica cuando “resulte una medida que se prevea razonablemente eficaz para ayudar a vencer el problema que tiene la empresa” (juicio de razonabilidad)<sup>790</sup>.

La prueba de este juicio de razonabilidad, a diferencia de la acreditación de la situación económica negativa, “ya no es un hecho, sino una previsión o expectativa de futuro, la cual no es susceptible de acreditación rigurosa por su propia naturaleza”<sup>791</sup>; por lo que debe identificarse una conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y las resoluciones acordadas y la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla<sup>792</sup>. Basta con que se advere que “existe o no una razonable conexión entre la causa de la amortización, la medida propuesta y el fin pretendido”; de tal forma que la medida propuesta constituye un remedio razonable para alcanzar la superación de dicha situación<sup>793</sup>.

---

<sup>790</sup> STSJ País Vasco 24 de febrero 1998 (AS 762). Aunque, como sostiene la STSJ Castilla y León (Valladolid) 18 de julio 2005 (AS 1806), “habida cuenta la ambigüedad de la previsión legal en esta materia y considerada también la esterilidad en la práctica de algunas de las disquisiciones teóricas sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo parece asentarse finalmente en una posición que, sin olvidar los fines legislativos, amplíe el margen de la discrecionalidad empresarial, conduciendo al territorio de la lógica el enjuiciamiento de la juridicidad de la decisión empresarial”.

Relacionado con lo anterior, debe tenerse en cuenta que “la casuística tan diversa que envuelve a las situaciones de crisis requiere, a la hora de formar el obligado juicio de razonabilidad sobre la medida, una ponderación individualizada de las circunstancias concurrentes; y ello se inserta en el ámbito de la prueba y de las facultades que para su valoración corresponden al juzgador de cada caso concreto, lo que impide generalizar soluciones” (STS 30 de septiembre 2002, rec. n.º 3828/2001, BDCGPJ). Por consiguiente, debe explicarse de qué forma puede contribuir la medida adoptada a superar la situación económica negativa (STSJ Cataluña 24 de marzo 2005, AS 1347); o “dicho en términos sencillos: que sea útil a fin de lograr vencer el problema al que se quiere hacer frente, evitando que se extinga un contrato de trabajo estérilmente” (STSJ País Vasco 8 de marzo 2005, AS 2129).

<sup>791</sup> SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 18 de julio 2005 (AS 1806); y Cataluña 12 de enero 2005 (JUR 71567). En términos similares, también se ha manifestado la doctrina. *Vid.* al respecto, ente otros, **MONTOYA MELGAR**. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, *op. cit.*, p. 63; **SEMPERE NAVARRO**. *La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro*, *op. cit.*, p. 46; **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 20 y 21; y **ÁLVAREZ MONTERO**. *Las nuevas contrataciones tras extinciones por ‘causas empresariales’*. *Incidencia del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo*. AL 1997 - III, p. 1022.

No obstante, la STSJ Andalucía (Sevilla) 16 de febrero 2004 (AS 2005\250) parece defender un criterio más estricto pues asevera que “se da causa objetiva para la extinción cuando la amortización del puesto contribuya, facilite o propicie, con un grado suficiente de seguridad o fiabilidad en el pronóstico, a superar o mejorar una situación económica que se pueda calificar de negativa”.

<sup>792</sup> STS 14 de junio 1996 (RJ 5162). *Vid.* también, STS 24 de abril 1996 (rec. n.º 3543/1995, BDCGPJ). Recogiendo esta doctrina, STSJ País Vasco 15 de febrero 2005 rec. n.º 374 (AS 632). Lo que, en definitiva, depende “en cada supuesto de las dimensiones de la empresa, del número de trabajadores de la misma y, en fin, de la naturaleza y alcance del conjunto de medidas acordadas y circunstancias concretas que afecten al desarrollo de la actividad empresarial” (STSJ Cataluña 12 de enero 2005, JUR 71567).

<sup>793</sup> STS 30 de septiembre 2002 (rec. n.º 3828/2001, BDCGPJ). De acuerdo con esta sentencia citada, se estima que se da una razonable conexión entre la situación económica negativa de la empresa, la amortización del puesto de trabajo del actor y su indudable contribución, de manera directa y adecuada, a la superación de la crisis; si, por ejemplo, han desaparecido la mayor parte de los clientes; si concurre una reducción considerable de la producción que conlleve la falta de funcionalidad del puesto de trabajo del actor al que en ocasiones no se le puede facilitar



Desde la perspectiva del juzgador, es palpable que su labor de enjuiciamiento va más allá del razonamiento o argumentación meramente jurídicos<sup>794</sup>. No sólo debe constatarse la realidad del hecho sobrevenido y su afectación sobre el ámbito empresarial, sino que además, debe verificarse un juicio prospectivo sobre la incidencia de la resolución “en orden a la posible superación de dicha situación, que habrá de hacerse además en términos de pura racionalidad empresarial y de eficacia de la organización productiva - empleando para ello el estándar de conducta del ‘buen empresario’ -, y conforme al parámetro de la proporcionalidad de la medida”<sup>795</sup>.

En este sentido (en definitiva, en coherencia con la naturaleza del enjuiciamiento que se le exige al juzgador), la jurisprudencia ha estimado que no es exigible que deba demostrarse de forma plena e indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la situación económica de la empresa; pues, las exigencias que la ley impone en este sentido son, con respecto a la regulación anterior, de menor intensidad y rigor. Como ha apuntado el TS, la remisión normativa de los arts. 51.1 y 52.c TRET a las expresiones “contribuya” y “contribuir” es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del sentido de la norma; pues, “contribuir” equivale a “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”. Por consiguiente, no es preciso que la resolución “sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual ‘contribuya’ a la mejoría de la empresa, es decir que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota”<sup>796</sup>. El empresario deberá, por tanto, aportar datos que permitan calificar su decisión como razonable, “de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica”<sup>797</sup>.

---

ocupación; si además existe una situación económica negativa con pérdidas anuales reiteradas y acumuladas durante un período de tiempo prolongado; y, finalmente, porque el importe del salario del trabajador con un importe anual equivalente a casi el 50 por ciento de dichas pérdidas (FJ 9º). *Vid.* al respecto también, SSTSJ Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347); País Vasco 26 de abril y 8 de junio 2000 (JUR 282179 y 283005).

<sup>794</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial*, *op. cit.* (versión digital); **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**. *Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas*, *op. cit.*, p. 247; y **SAMPEDRO CORRAL**. *El acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo y la reforma laboral de 1997*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>795</sup> **MARTÍNEZ MORENO**. *Desajuste entre el ámbito de la medida extintiva y la causa productiva invocada en un despido objetivo*. ASoc nº 15, 2006 (BIB 2005\2460).

<sup>796</sup> SSTS 24 de abril 1996 (rec. nº 3543/1995, BDCGPJ); 14 de junio 1996 (RJ 5162); y 30 de septiembre 2002 (rec. nº 3828/2001, BDCGPJ). Recogiendo esta doctrina, entre otras, SSTSJ Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347); Comunidad Valenciana 14 de marzo 2005 (AS 1162); y La Rioja 3 de febrero 2005 (AS 15). En la doctrina, entre otros, **BODAS MARTÍN**. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas*, *op. cit.*, p. 105.

En cambio, recuérdese que, vigente el ET'80, la resolución del contrato a través del art. 52 c) se refería a la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado”, lo que se interpretaba como una “relación de causa-efecto entre la crisis y el concreto puesto de trabajo cuya extinción se pretendía”. **DURÉNDEZ SÁEZ**. *El despido objetivo por crisis*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>797</sup> STS 14 de junio 1996 (RJ 5162).

Un elemento que facilita extraordinariamente la prueba de los dos requisitos exigidos por parte del empresario es que, como sintetiza la STS 15 de octubre 2003<sup>798</sup>, si las pérdidas económicas de la empresa son “continuadas y cuantiosas se presume en principio salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera por sí misma a la superación de dicha situación económica negativa” (a aliviar, en definitiva, la cuenta de resultados)<sup>799</sup>. Presunción que, no obstante – como ha apuntado la doctrina –, se aparta de lo dispuesto en la norma, pues diluye sustancialmente la exigencia del juicio de razonabilidad, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de “objetividad de la crisis”<sup>800</sup>.

Finalmente, incardinado dentro del - tantas veces - citado juicio de razonabilidad, pero sólo para los supuestos del art. 51 TRET, es exigible que la medida resolutoria forme parte de cierto “plan de viabilidad”, encaminado a la recuperación del equilibrio de la empresa, y contribuya a superar la “situación negativa”<sup>801</sup>. En cambio, el mencionado plan no es un requisito constitutivo en los supuestos del art. 52.c) TRET<sup>802</sup>.

---

<sup>798</sup> *Cit.*

<sup>799</sup> Pronunciamiento basado, fundamentalmente, en los planteamientos de la STS 24 de abril 1996 (rec. nº 3543/1995, BDCGPJ). Recogiendo esta doctrina *vid.*, SSTSJ País Vasco 15 de febrero 2005 rec. nº 374 (AS 632); Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347) y 30 de septiembre 2004 (AS 3296); La Rioja 30 de noviembre 2004 (AS 3517); Murcia 20 de julio 1998 (AS 3244); y Madrid [C-A] 1 de junio 2005 (RJCA 197); y 27 de diciembre 2002 (AS 2003\1572).

Sin embargo, en ocasiones, se ha estimado que la entidad de la situación económica negativa desvirtúa esta regla, debiéndose exigir un juicio de razonabilidad, pues difícilmente la amortización del puesto de trabajo que se pretende podrá contribuir efectivamente a paliarla o corregirla (SSTSJ Cataluña 24 de marzo 2005, AS 1347 [en sentido contrario, entre otras, SSTSJ La Rioja 30 de noviembre 2004, núm. 343, 336 y 332, JUR 2005\14986, 20560, 98480]; y Canarias 10 de marzo 2003, AS 3870; *vid.* también, aunque vinculada a una externalización, STSJ Comunidad Valenciana 28 de junio 2005, AS 2460). Planteamiento que responde a la siguiente regla: cuanto menor sea el número de ceses y “mayor el volumen de la empresa, más dificultades habrá en establecer el obligado nexo de causalidad entre la amortización de puestos de trabajo y contribución a superar la mala situación económica”. **MONTOYA MELGAR**. *El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>800</sup> **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 831. *Vid.* también, **NAVARRO NIETO** y **SÁEZ LARA**. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 155; **BLANCO MARTÍN**. *El despido objetivo: una aclaración confusa*. En “La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social” (Dir. Valdés Dal-Ré). Lex Nova. Valladolid, 1997, p. 177 y 178; y **SELLAS I BENVINGUT**. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, *op. cit.*, p. 159 a 161. No obstante, según **BLASCO PELLICER** debe matizarse esta crítica porque el elemento clave del precepto es la expresión “contribuir”, que en opinión del TS significa la necesidad de que el cese tenga una finalidad, se dirija al logro de un objetivo. Aunque el Legislador y el Tribunal son conscientes de que en ocasiones la resolución, por sí sola, puede no determinar la consecución del fin previsto, pero sigue siendo imprescindible que contribuya a ello. **BLASCO PELLICER**. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>801</sup> El plan de viabilidad sólo exigible en las empresas de más de 50 trabajadores y se integra en el “plan social” (arts. 51.4 2º párrafo TRET y 6.1.c RPRE’96), o también denominado “plan de acompañamiento social” (*vid.* al respecto *infra*). No obstante, un sector de la doctrina parece identificar el denominado “plan de viabilidad” con la denominada “Memoria explicativa”, *ex art.* 6.1.a) RPRE’96. Concretamente se afirma que dicho plan es el “documento probatorio que aporta el empresario cuando las causas que justifican la resolución contractual son técnicas, organizativas o de producción, dado que en estas situaciones se precisa ‘la memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo’, acompañada de los ‘planes, proyectos e informes técnicos’ que justifican las causas alegadas, las medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión sobre la viabilidad empresarial”. **SERRANO GARCÍA**. *El plan social en los Despidos Colectivos*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>802</sup> STS 30 de septiembre 2002 (rec. nº 3828/2001, BDCGPJ): “El empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otras medidas complementarias incluidas en un plan de viabilidad, sino solo a acreditar que la medida adoptada ayuda, razonablemente, a superar - nunca a garantizar lo que en el momento de la extinción no pasa de ser un deseo, una pura hipótesis - la situación negativa” (FJ 7º). Principio que no se contradice, con la exigencia de un “plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa” (exigido en la STS 14 de junio 1996, RJ 5162), pues, en opinión del propio TS no se alude “a un plan de viabilidad ni mucho menos a

## ***a.2.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad derivada de la disminución de la eficiencia.***

La resolución del contrato por disminución de la eficiencia, repercutiendo en los ámbitos técnico, organizativo o productivo (en adelante, TOP) afecta más bien al volumen de empleo, y hace referencia al desajuste existente entre los medios humanos y materiales de que se dispone y que exigen una adecuada armonización<sup>803</sup>. Es importante advertir que la Ley separa claramente las causas económicas del resto, lo que se traduce en una descripción de un riesgo claramente heterogéneo y, por ende, en un régimen jurídico diferenciado<sup>804</sup>. Por consiguiente, en tanto que pueden presentarse *a priori* como desvinculadas de la rentabilidad, la resolución contractual es una medida que tiene un carácter preventivo, esto es, una función de futuro (para evitar situaciones de crisis)<sup>805</sup>. Para apreciar la concurrencia de estas causas no es necesario que la empresa se halle en una situación económica negativa (sin perjuicio de la posibilidad de que concurran unas y otras)<sup>806</sup>; sino que la resolución del contrato por “causas TOP” – en la terminología de la ley - puede plantearse en situaciones en las que la empresa obtiene beneficios<sup>807</sup>. Interpretación que también comparte la doctrina<sup>808</sup>.

En términos generales, pese a la *relativa facilidad* con la que la doctrina y los Tribunales han procedido a delimitarlas conceptualmente, resulta sumamente difícil subsumir la realidad empresarial en alguno de los ámbitos empresariales descritos por la norma<sup>809</sup>.

---

su obligatoriedad”; sino que lo que se indica es que “la decisión de amortizar un puesto de trabajo [obedezca] siempre, como es lógico, a una idea, plan o proyecto del empresario para salvar su empresa; pero no que la decisión [tenga] que ir acompañada de otras medidas” (FJ 7º). No obstante, pese a su no obligatoriedad, lo cierto es que puede ser un buen instrumento en el juicio de razonabilidad de la medida adoptada, especialmente para facilitar la tarea del juzgador (FJ 8º). *Vid.* al respecto también, SSTSJ Madrid 29 de abril 2003 (AS 3164); Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347); y País Vasco 15 febrero 2005 (AS 632); y 16 de noviembre 2004 (AS 3951).

<sup>803</sup> STS 13 de febrero 2002 (RJ 3787).

<sup>804</sup> SSTS 21 de julio 2003 (RJ 7165); 6 de abril 2000 (RJ 3285); y 14 de junio 1996 (RJ 5162).

<sup>805</sup> DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 169; NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 825.

<sup>806</sup> STS 13 de febrero 2002 (RJ 3787). También, SSTSJ Madrid 24 de junio 2003 (AS 3627); y Andalucía (Sevilla) 2 de octubre 1995 (AS 3838). Circunstancia que, como se ha apuntado, ha sido calificada como “deseconomización de la causalidad”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 177.

<sup>807</sup> STSJ Cataluña 1 de diciembre 2004 (AS 4009). Que cita a su vez las SSTSJ Murcia 17 de julio 1995 (AS 2827); Andalucía (Málaga) 17 de mayo 1996 (AS 1581); Madrid 9 de junio 1998 (AS 2586); y Cataluña 14 de noviembre de 2002 (AS 4237).

<sup>808</sup> BLASCO PELLICER. *La difícil aplicación judicial del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit. (versión digital); DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 169; DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 76 y 77; GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 377; SELLAS I BENVINGUT. *Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral*, op. cit., p. 178 y 179; SAN MARTÍN MAZZUCONI. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial*, op. cit. (versión digital); y NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 825.

<sup>809</sup> Ante la ausencia de parámetros normativos que permitan delimitar claramente los diversos ámbitos empresariales descritos en la norma, en ocasiones, no se corresponden los hechos acaecidos y justificativos de la

A diferencia de las causas económicas, la formulación de las causas TOP presenta divergencias sustantivas evidentes en la delimitación del riesgo no ordinario, en función del número de trabajadores afectados; a continuación, se procede a su análisis por separado (i.- y ii.-) y al estudio del método de selección de los trabajadores afectados (iii.-).

i.- Como es sabido, a partir de la reforma operada en 1997, se produce un acercamiento entre la descripción del riesgo exigido para la resolución *ex art.* 52.c) TRET y lo previsto en el art. 41 TRET, sin que lleguen a identificarse<sup>810</sup>. De algún modo, se amplían las posibilidades resolutorias del empresario, pues, a diferencia de antaño y de la redacción dada al art. 51 TRET, ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa y basta que se pruebe la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma. Relajándose, por tanto, la intensidad del desequilibrio con respecto a lo previsto para los ceses *ex art.* 51 TRET<sup>811</sup>.

---

resolución con las causas alegadas. Así, por ejemplo, la invocación de un descenso en el cumplimiento de los objetivos de rentabilidad que se habían fijado no puede calificarse como una causa de producción (STSJ País Vasco 14 de septiembre 2004, AS 3985). En cambio, “se aprecia concurrencia de causa productiva cuando el despido se hace necesario como consecuencia de una reducción de la producción” (STSJ 3 de julio 1996, AS 3267; y Extremadura 12 de septiembre 1995, AS 3265, *cit.* PÉREZ CAMPOS. *La pretendida equiparación entre la extinción por causas objetivas y el despido colectivo a efectos indemnizatorios (comentario a la STSJ País Vasco 23 de septiembre 2003)*, *op. cit.* (versión digital).

En el supuesto que concurra alguna de las causas TOP con la económica, habrá que valorarse si se trata de una “acumulación de causas” o bien de “causas complejas” (STSJ Madrid 12 de noviembre 2002, AS 2003\1199), resultando en el segundo supuesto que no es preciso que la causa afecte a la totalidad de la empresa (STSJ Comunidad Valenciana 2 de diciembre 2004, AS 3946). No obstante, existen algunas divergencias al respecto en los supuestos en los que, a pesar de la existencia de un grupo de empresas formalmente diferenciadas, se estima la concurrencia de un solo empresario. En concreto, pese al criterio descrito, la STSJ Asturias 28 de mayo 2004 (AS 2893) estima que “ante la existencia de un grupo familiar en el que existe una clara confusión de patrimonios, una dirección común y una utilización conjunta de los trabajadores, la situación a analizar en cuanto al trabajo y económica es la del conjunto y no sólo la de una de las empresas pues la prestación de servicios del actor ha repercutido en beneficio de todas”. Por consiguiente, afirma, la voluntad empresarial de armonizar los recursos humanos y materiales, a consecuencia de la disminución sustancial de las obras que realizaba la empresa a la que estaba formalmente vinculado el trabajador debe calificarse como improcedente. En términos similares, STSJ Galicia 13 de junio 2005 (AS 2242).

<sup>810</sup> DEL REY GUANTER. *El despido colectivo y la reforma laboral de 1997*, *op. cit.*, p. 18. Circunstancia que simultáneamente repercute, en opinión del citado autor, en la propia definición de la resolución *ex art.* 51 TRET, posibilitando una definición del riesgo más precisa (“dota de más certidumbre al art. 51”), pues, da a entender que para acudir al cese colectivo la coyuntura de la empresa debe ser más difícil, debiéndose dar una mayor prioridad al mantenimiento del empleo.

<sup>811</sup> Así, mientras que el art. 51.1 TRET habla de “contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos”; el art. 52.c TRET supedita la legitimidad de la resolución contractual a la superación “de las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Diferencias que, en palabras de MARTÍN VALVERDE, dan a entender que se ha producido una rebaja en “el nivel de ineficiencia o pérdida de rendimiento de los factores productivos exigible para la justificación de dicha modalidad de *despido*” [la cursiva es nuestra]. MARTÍN VALVERDE. *La nueva redacción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Ley 8/1997*, *op. cit.*, p. 180 y 181. Aunque como recoge DEL VALLE VILLAR, hay autores (ALBIOL MONTESINOS) que sostienen que la reforma de 1997 ha procedido a endurecer el régimen extintivo del art. 52.c) TRET con respecto al establecido en el art. 51.1 TRET. DEL VALLE VILLAR. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 79 y 80. Lo cierto es que, como apunta GIL SUÁREZ, comparando ambos preceptos resulta sumamente difícil averiguar qué facilita más la resolución, si la necesidad de que la medida tenga que “superar las dificultades” o bien que haya de “garantizar la viabilidad futura de la empresa”. Sin poner en duda que la redacción de ambos preceptos es diferente (y relativizando la incidencia de los arts. 40.1 y 41.1 TRET en la redacción del art. 52.c TRET), “no resulta fácil determinar si al aplicarlos se produce también una diferencia de soluciones”. GIL SUÁREZ. *Modificaciones del despido objetivo en la reforma de 1997. Últimos criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 366.

Por otra parte, respecto al ámbito de afectación de la causa, la jurisprudencia, en lo que constituye una doctrina consolidada<sup>812</sup>, ha estimado que las causas TOP, a diferencia de las económicas, no tienen que estar referidas a la “empresa” entendida en su globalidad, sino que pueden identificarse en sectores o aspectos limitados de la vida de la organización productiva. Por lo que el remedio que con la resolución se pretende llevar a cabo, debe aplicarse en el espacio en que la patología se manifiesta, esto es, allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes<sup>813</sup>.

Lo que no debe traducirse en la idea de que la introducción de cualquier medida de *optimización* de los recursos empresariales (a través de la implantación de una mejora tecnológica, por ejemplo) justifique, *per se*, la resolución contractual<sup>814</sup>; sino que deben acreditarse las dificultades y problemas de funcionamiento o competitividad de la empresa<sup>815</sup>; y,

---

Circunstancia que ha sido recogida en alguna ocasión por los Tribunales. Concretamente la STSJ Aragón 7 de diciembre 2004 (JUR 50853) declara que “el art. 52 c) ha sido recogido texto de los arts. 40.1 y 41.1 del ET. En los arts. 40.1 y 41.1 se decía y se dice que las medidas propuestas han de mejorar la situación de la empresa ‘a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda’. Estas expresiones ‘posición competitiva en el mercado o exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos’, matizan o modalizan ese ‘superar las dificultades’, pero no constituyen el centro fundamental o punto clave de la estructura de las causas técnicas, organizativas o de producción, sino que son accesorias. En estas causas organizativas o productivas, las situaciones anterior y posterior a la reforma legal de 1997 es similar pues el art. 52 c) vigente sigue exigiendo la concurrencia de dificultades en el funcionamiento de la empresa”. Abogando por la “suavización” o “atenuación” de los requisitos, *vid.* STSJ Cataluña 28 de marzo 2001 (AS 1293).

<sup>812</sup> SSTs 14 de junio 1996 (RJ 5162); 13 de febrero y 19 de marzo 2002 (RJ 3787 y 5212); y 21 de julio 2003 (RJ 7165).

<sup>813</sup> En estos supuestos se entiende que las causas TOP tienen su origen en sectores o aspectos limitados de la vida de la empresa. Y por ello, no es necesario que la causa “haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa”, bastando con que se acredite “exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo”. STS 21 de julio 2003 (RJ 7165). *Vid.* siguiendo esta doctrina, entre otras, STSJ Canarias 1 de diciembre 2003 (AS 2004\770). Incluso, según la STSJ Madrid 24 de febrero 2000 (AS 2214), la causa organizativa, debido a su “elementalidad se proyecta indiferenciadamente a cualquier ámbito de la empresa, incluso a un individualizado puesto de trabajo”.

<sup>814</sup> “Si los Tribunales ponderaran tan sólo el factor de optimización de los recursos, inatacable resultaría la lógica empresarial y, siguiendo la misma, precedentes los *despidos* de los trabajadores. Pero no existen términos hábiles para suponer que el Legislador quiso desvincular tal proceso de optimización de un factor de viabilidad de más concreto, limitado y tangible alcance” [la cursiva es nuestra]. STSJ Cataluña 21 de febrero 1997 (AS 1826). La doctrina, por su parte, ha afirmado que “no es cierto, por tanto, que con la nueva redacción del *despido* sea más flexible o más fácil y por lo tanto no es cierto tampoco que sea la mera conveniencia de la competitividad de la empresa la causa justificativa del *despido*, sino que ha de ser la concurrencia de una causa (...) y la concurrencia como elemento causal o finalidad o propósito de la extinción la de superación de dificultades” [la cursiva es nuestra]. LILLO PÉREZ. *El nuevo despido objetivo por causa económica, op. cit.*, p. 184.

<sup>815</sup> Por lo tanto, siguiendo a NAVARRO NIETO, “la objetivación de las circunstancias empresariales requeriría la prueba plena respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción alegadas, es decir, la *realidad* y la *actualidad* de los desequilibrios, desajustes o cualquier otro tipo de circunstancia sobrevenida de orden técnico, organizativo o de producción (no su mera previsibilidad), así como su *suficiencia*, es decir, que se trate de circunstancias cuyas características reclaman innovaciones de orden estructural”. NAVARRO NIETO. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, op. cit.*, p. 825. DE REY GUANTER, en cambio, entiende (*vid.* también nota *supra*) que la *actualidad* ya no es exigible, y que la exigencia de *objetividad* debe matizarse, especialmente en las causas TOP porque los desequilibrios probablemente tendrán su origen en las propias decisiones empresariales. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit.*, p. 171. En términos similares, CASAS BAAMONDE defiende que las causas no tienen que ser necesariamente actuales, pues, se liga su finalidad a la viabilidad futura de la empresa. CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea, op. cit.*, p. 41. *Vid.* también BELTRAN MIRALLES. *El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996), op. cit.*, nota 23, p. 839. Apartándose de este criterio, se afirma que la utilización del verbo “acreditar” *ex art.* 52.c TRET, *parece* dar a entender que el

además, que la resolución contractual es una medida razonablemente adecuada para su superación.

En cuanto al primer requisito, debe probarse, en definitiva, la existencia de un riesgo objetivo que repercuta en el equilibrio contractual, pues, de otro modo, se trataría de una situación derivada de la mera conveniencia empresarial<sup>816</sup>. Es decir, advenir la existencia de un desajuste real y presente (o de cierta entidad e importancia)<sup>817</sup>. Pero no sólo eso, pues, al igual que en la resolución por causas económicas, debe acreditarse o razonar (y no probar) la contribución de la medida resolutoria a la superación del mismo<sup>818</sup>.

Requisitos que, como es evidente, presentan variaciones en función del ámbito empresarial afectado. Aunque, conviene apuntar que, en ocasiones – como se analizará -, los Tribunales han declarado la procedencia del cese omitiendo la prueba del efectivo desequilibrio, de tal forma que los efectos de la mera reorganización, el desajuste entre medios humanos y materiales decidido por el empresario ha justificado la resolución.

---

enfoque es más actual y “esa acreditación no se conecta normativamente con finalidades perseguibles, sino con respuestas más inmediatas a necesidades reorganizativas”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, nota 119, p. 63. En suma, el parámetro que permite la evaluación del verdadero alcance de estas medidas empresariales cuando concurren causas TOP, viene dado en contraposición a otras posibles opciones de que dispone el empresario. Así, frente a la utilización de la expresión *contribuir* a “superar” *ex art. 52.c TRET*, los arts. 40 y 41 TRET utilizan la expresión *contribuir* a “mejorar”. Lo que efectivamente da a entender que para la resolución por causas TOP es exigible un determinado desequilibrio o desajuste. NAVARRO NIETO, *op. cit.*, p. 825.

Finalmente, la STS [C-A] 11 de noviembre 2002 (RJ 10246) exige, entre otras, que “la situación sobrevenida sea objetiva, real, suficiente y actual. Ello supone que la causa alegada tenga una permanencia y entidad suficiente para incidir negativamente en el resultado económico o en la producción y que la consecuente crisis no obedezca a la mera conveniencia de la empresa y menos que sea la actuación de ésta la que la desencadene o la provoque. Y así, para que la Autoridad Laboral autorice la extinción de las relaciones laborales no basta sólo con la concurrencia de la causa económica o productiva, sino que es preciso, además, que constituya un hecho no previsto ni buscado intencionadamente por el empresario”.

<sup>816</sup> En términos generales, debe reputarse como improcedente cualquier decisión extintiva que “sea un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial” (STSJ Madrid 20 de junio 2000, AS 3240). En términos similares, negando la licitud de una resolución contractual por no acreditarse la existencia de dificultades que justifiquen la medida que se pretende adoptar y responda a la mera conveniencia empresarial *vid.*, SSTSJ Canarias (Las Palmas) 30 de junio 2005 (JUR 188621); Andalucía (Sevilla) 10 de mayo 2004 (JUR 83133); Cataluña 8 de mayo 2000 (AS 1923); y Navarra 31 de julio 1997 (AS 2542).

<sup>817</sup> La doctrina judicial ha entendido que dado que la literalidad del precepto exige que “la medida se adopte ‘para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa’, (...) el Legislador está conectando la adopción de la medida a una serie de dificultades *reales y presentes* que obstaculizan el funcionamiento empresarial hasta el punto de comprometer su posición competitiva en el mercado o de no dar respuesta a las exigencias de la demanda” (STSJ Comunidad Valenciana 25 de junio 2003, AS 2004\1110). *Vid.* también, SSTSJ Cataluña 2 de febrero 2005, AS 660; y 19 de octubre 2000, AS 3393; Castilla y León/Burgos 16 de julio 2002, AS 2003\248; y Madrid 24 de junio 2003, AS 3627).

<sup>818</sup> **DEL VALLE VILLAR**. *El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 78. Se entiende que “el control judicial debe venir limitado a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, si la medida extintiva es necesaria, razonablemente interpretada, para los fines de saneamiento y, en su caso, mejora de la capacidad organizativa y de funcionamiento de la empresa, pretendidos por aquella”. Y que, el “elemento finalista [garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma] no es susceptible de ser probado con la rotundidad exigible respecto a los hechos, ya que no se trata de tal sino de una previsión de futuro, pero, si es exigible una actividad que tienda a acreditar que las extinciones que se acuerden tendrán racionalmente aquel efecto, por lo que debe valorarse si los ceses guardan relación con los efectos nocivos que se tratan de suprimir, en definitiva, superar dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, pues aunque no existe duda que cualquier cambio tecnológico u organizativo se hace para mejorar la situación de la empresa y que también la reducción de plantilla incide en unos mejores resultados económicos, no basta la mera conveniencia de la empresa para acudir a este tipo de *despido*” [la cursiva es nuestra] SSTSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo 2001 (AS 3347); y 3 de diciembre 2003 (AS 2971).

En otro orden de cosas, tampoco se exige, al menos legalmente, que la legitimidad de la decisión extintiva del empresario esté condicionada a la adopción de cuantas medidas previas estén a su alcance para evitar la definitiva resolución del contrato<sup>819</sup>. Se ha estimado que entendiéndolo de otro modo, esto es, obligando al empresario a reforzar una unidad equilibrada con el excedente de mano de obra, lejos de solventar el problema, simplemente lo desplazaría<sup>820</sup>.

ii.- En cuanto a las resoluciones por causas TOP que exceden los umbrales numéricos del art. 52.c) TRET, el art. 51.1 TRET exige que la medida adoptada contribuya a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos”.

Extremo que, como se sabe, exige que la situación de la empresa induzca a pensar que tiene amenazada su viabilidad futura, debe concurrir por tanto una deficiencia grave (mientras que en el supuesto del art. 52.c) TRET basta con un mal funcionamiento, sin necesidad de que esté en peligro su continuidad). En definitiva, si se exige que se garantice la viabilidad de la empresa es porque dicha viabilidad no está totalmente asegurada en el momento en que la empresa propugna la medida extintiva<sup>821</sup>. Por este motivo, se exige la presencia, como mínimo, de meros indicios de que la resolución contribuye a la evolución positiva de la empresa. La jurisprudencia ha entendido que el empresario no puede verse forzado a aportar una prueba

---

<sup>819</sup> No es necesario, por ejemplo, “un determinado período de espera para ver como reacciona el mercado, ante la posibilidad de que la empresa contacte con otros clientes que les facilite trabajo” (STSJ Cataluña 6 de octubre 2004, AS 3185; *vid.* también entre otras, STSJ Comunidad Valenciana 7 de marzo 2001, AS 3347). Recuérdese que la legitimidad de la resolución contractual *ex* art. 52.c) ET’80 estaba supeditada a la posibilidad de establecer medidas alternativas (consistentes en la posibilidad de que el trabajador fuera ocupado en otras tareas de la empresa en la misma o distinta localidad). En la doctrina, tras la reforma de 1994, algún autor entendió que pese a la supresión formal de la exigencia de inexistencia de ocupación alternativa, ésta seguía vigente, **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 78 y ss.

<sup>820</sup> STS 13 febrero 2002 (RJ 3787). Lo que no impide que por convenio colectivo se exija que la legitimidad de la decisión empresarial se supedite a la adopción de las mencionadas medidas. A pesar de la claridad del pronunciamiento del TS, en algunas resoluciones persiste la referencia a este tipo de medidas. Por ejemplo, la STSJ Andalucía (Granada) 18 de noviembre 2003 (AS 4089), declara la improcedencia de la resolución porque “el análisis de la corrección o incorrección jurídica de la medida de extinción decidida por la empresa ha de hacerse desde una consideración global de la misma, dado que tiene, como distintos centros de trabajo, varios establecimientos de venta (...). Desde este punto de vista, no debe ofrecer duda que la causa organizativa que, como primaria, se aduce para despedir carece en sí misma de entidad suficiente como para extinguir el contrato del actor, ya que el necesario cierre del centro de trabajo por declaración de ruina del inmueble en el que radica sería motivo suficiente si ese fuera el único establecimiento de venta de la empresa, pero no cuando tiene tres más, en los que se ocupan diez trabajadores y en los que, en principio, podría ser ocupado el demandante”.

No obstante, debe advertirse que a través de la delimitación del contenido mínimo del Plan Social exigido para los ceses colectivos en empresas de más de 50 trabajadores (art. 51.4 2º párrafo TRET), algunas Comunidades Autónomas parecen contravenir el sentido de la legalidad y de esta interpretación del TS (*vid.* al respecto *supra*).

<sup>821</sup> Como han destacado los Tribunales en numerosos pronunciamientos, a partir de la reforma de 1997, se elimina la conexión entre el art. 51.1 TRET y el art. 52.c) TRET, de tal modo que respecto a este último se suavizan las exigencias requeridas, en tanto que lo que el Legislador impone es que la medida contribuya a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” (STSJ Cataluña 30 de junio 1998, AS 3175). Manteniéndose, por tanto, el mismo régimen para los ceses por causas TOP sometidos al art. 51 TRET que el previsto en la reforma de 1994.

absoluta de vinculación entre la medida y su finalidad, más si ha de advertirse una conexión razonable entre causa y el efecto (una “razonable expectativa”)<sup>822</sup>.

iii.- Finalmente, en lo relativo a la selección de los trabajadores, tanto si se acude al mecanismo resolutorio por disminución de la eficiencia mediante el mecanismo que articula el art. 52.c) como si se hace por el del 51 TRET, se trata de una facultad propia del empresario<sup>823</sup>. No obstante, se entiende que la amortización debe afectar “a algún” trabajador del ámbito o sector afectado por la causa resolutoria (que es donde debe notarse el desajuste)<sup>824</sup>. Si, en cambio, sólo se procediera a la extinción del contrato de trabajadores relacionados con la mayor o menor actividad comercial de la empresa, sin repercutir en la plantilla perteneciente al sector productivo directamente afectado, la fundamentación del motivo resolutorio carecería de solidez<sup>825</sup>.

### ***a.3.- La concreción jurisprudencial (y administrativa) de la excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’: crónica de un resultado impredecible.***

Dada la *textura abierta* de la norma (o si se prefiere, debido a su escasa claridad y ambigüedad), el papel de los órganos jurisdiccionales en su interpretación es fundamental (consecuencia que, como ya se ha apuntado, expresamente perseguida por el Legislador). De hecho, más allá de los datos estadísticos, el único modo de evaluar, siquiera desde una perspectiva general, el nivel de riesgo necesario para proceder a la resolución del contrato por ‘causas de empresa’, es tratando de *destilarlo* del análisis de los fallos judiciales vertidos al respecto. No obstante, antes de proceder a este estudio *empírico*, debe advertirse que no abrigamos excesivas esperanzas de poder identificar dicho factor o parámetro de riesgo, no sólo por el carácter reducido de la muestra que será analizada, sino, sobre todo, por el contenido de la norma y la propia dinámica de los órganos jurisdiccionales al respecto.

A continuación, un botón de muestra.

---

<sup>822</sup> STSJ Cataluña 20 de enero 1997 (LA LEY JURIS: 1121239/1997).

<sup>823</sup> STSJ Cataluña 6 de octubre 2004 (AS 3185). Una breve exposición de la normativa previa al ET<sup>80</sup> en, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I y II)*. RL 1989 – I, p. 26 y 27.

<sup>824</sup> En términos similares, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 828; y *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 169; y **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 234 y 235.

<sup>825</sup> STSJ Cataluña 15 de febrero 2005 (AS 2554). Pese a que el tribunal estima que la disminución de producción derivada de la pérdida del principal cliente concurre constituya una causa productiva suficiente.

Un estudio del tratamiento de esta cuestión en el derecho comparado en, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, nota 206, p. 295 a 297.



### *i.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la rentabilidad.*

A pesar de que el desequilibrio exigido es normativamente el mismo, de cara a la claridad expositiva, se procederá al análisis de su tratamiento por los órganos jurisdiccionales separadamente.

- Respecto a la resolución vía art. 52.c) TRET, resulta sumamente ilustrativa la síntesis de los pronunciamientos jurisprudenciales realizada por la STSJ País Vasco 16 de septiembre 2003<sup>826</sup>: se ha considerado la procedencia de la extinción por causa económica en los casos siguientes: si se acredita la existencia sostenida de pérdidas que justifiquen la amortización del puesto de trabajo<sup>827</sup>; cuando se constata la pérdida de clientela, habiéndose negado el trabajador

---

<sup>826</sup> *Cit.* También puede consultarse un estudio extraordinariamente exhaustivo de los pronunciamientos judiciales relacionados con el art. 52.c) TRET (aunque sólo hasta el 31 de diciembre 1995) en, **BLANCO RODRÍGUEZ y BLANCO MONTAGUT**. *La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo: Estudio de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia hasta 31 diciembre 1995*. ASoc, 1996, versión digital (BIB 1996\24). Y hasta 1999, **SAN MARTÍN MAZZUCONI**. *Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial, op. cit.* (versión digital). *Vid.* también, **MOLINA NAVARRETE, MOLINA HERMOSILLA y VILLAR CAÑADA**. *Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997, op. cit.*, p. 83 y ss.; y **BODAS MARTÍN**. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas, op. cit.*, p. 105 y 106.

<sup>827</sup> SSTSJ Andalucía 18 de noviembre 1995 (AS 4233); y Murcia 20 de noviembre 1995 (AS 4398). En cuanto a la concreción de cuándo debe entenderse que la situación económica es negativa, recuérdese que las citadas SSTs [C-A] 24 de septiembre 2001 (RJ 9334) y 14 de julio 2003 (RJ 6260) entienden que debe evaluarse en base al resultado de la gestión empresarial en su conjunto, sobre el equilibrio de la empresa; esto es, teniendo en cuenta la cantidad producida, la cantidad vendida, los ingresos generados por la venta de esa producción (en su distinta consideración económica: ingresos totales, medios y marginales) y los costes. Y para determinar los ingresos, debe relacionarse la cantidad producida con la cantidad vendida y ésta con el precio que depende de la demanda del mercado y el nivel de oferta total existente. En concreto, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 5 de julio 2004 (JUR 191907) entiende que, pese a que la cifra neta de negocios en la empresa (dedicada a la comercialización de productos de óptica) ha seguido un ritmo ascendente, (incrementándose un 5% y un 10%), siendo igualmente significativo la expansión de centros de trabajo (de 49 a 56), lo relevante es que la empresa tiene una situación financiero-patrimonial deficiente, motivada por la existencia de severas pérdidas en los dos últimos ejercicios, agravada por el hecho de que la sociedad presenta un fondo de maniobra negativo. En otro supuesto, la existencia de importantes resultados negativos durante años sucesivos permite apreciar la existencia de una razonable conexión entre la causa de amortización invocada por la empresa (pérdidas económicas), la medida propuesta y el fin perseguido (STSJ La Rioja 9 de noviembre 2004, AS 3118 – en términos similares, STSJ País Vasco 12 de julio 2005, JUR 237929). También si las pérdidas han venido ocasionadas por una disminución de volumen de ventas y una reducción de los márgenes comerciales, y agravada por la progresiva implantación de grandes centros comerciales en los últimos años que han supuesto una importante reducción de clientela introduciendo factores de competencia enormemente agresivos que inciden negativamente en los resultados económicos de esta empresa (STSJ Canarias/Tenerife 18 de octubre 2004, AS 3143). La STSJ Cataluña 30 de septiembre 2004 (AS 3296) declara que habiéndose acreditado que la empresa ha “sufrido pérdidas importantes en los últimos tiempos, debe de entenderse que la extinción del contrato de trabajo ‘contribuye’ a superar esa situación negativa, puesto que, salvo situaciones especiales y de características peculiares que no se ha acreditado que concurren en el supuesto aquí tratado, es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación”. En cambio, existen resoluciones en las que la existencia de pérdidas se estima como un dato insuficiente para justificar la resolución. Así, pese a las pérdidas se estima el cese improcedente porque “la empresa ha tenido capacidad financiera para dedicar al plan de pensiones interno una suma considerable y manifiestamente superior incluso a las pérdidas contables que se declaran, sin tan siquiera acreditar en el proceso que se trate de una deuda pendiente de pago, exigible e imputable a dicho ejercicio” (STSJ Cataluña 19 de enero 1999, AS 873). La cancelación de una subvención pese a implicar una sustancial disminución de los ingresos de una escuela, no justifica per se la existencia de pérdidas, debiéndose probar cuáles eran sus gastos e ingresos, ni cómo le ha afectado la retirada de esa ayuda anual (STSJ Aragón 16 de junio 2005 (AS 1762).

a novar su contrato de fijo a fijo discontinuo<sup>828</sup>; al haberse acreditado una crisis estructural, así como un sobredimensionamiento de plantilla<sup>829</sup>; al probarse una situación económica negativa - pérdidas desde el año 1991 - habiéndose tomado otras medidas por parte de la empresa, como inyección de capital, sin lograr subsanar la situación<sup>830</sup>; al acreditarse un menoscabo económico estructural<sup>831</sup>; al probarse la decreciente situación económica de la empresa, habiéndose acreditado, por otra parte, que las funciones para las que se contrató al demandante, habían desaparecido<sup>832</sup>; al acreditarse la situación económica negativa, siendo destacable, que se hubiera llegado anteriormente a un acuerdo de cese colectivo, que no pudo llevarse a efecto por imperativo legal<sup>833</sup>; si la empresa extinguió uno de sus cuatro puestos de trabajo, habiéndose acreditado la reducción del 25% de sus ventas<sup>834</sup>; al haberse acreditado pérdidas suficientes, entendiéndose razonable para su superación la reducción de costes fijos<sup>835</sup>; al acreditarse una reducción significativa de socios en las Federaciones demandadas<sup>836</sup>; o del número de alumnos<sup>837</sup>.

Por contra, [prosigue la STSJ País Vasco 16 de septiembre 2003] se ha declarado la improcedencia<sup>838</sup> de la extinción por causas económicas, si no se acreditan (...) la relación causal entre la situación económica negativa y la amortización del puesto de trabajo afectado<sup>839</sup>; no bastando criterios de oportunidad o conveniencia, siendo necesario, por tanto, acreditar la necesidad de amortizar el puesto de trabajo<sup>840</sup>; y no se acredita cuando la disminución de

---

<sup>828</sup> STSJ Baleares 27 de diciembre 1995 (AS 4703). En una empresa dedicada a los tintes de hilados y peinados (sector textil), una disminución sustancial en la facturación (aprox. 40%), como consecuencia de la importante disminución de las ventas en toda su línea de productos, provocando pérdidas en dos años sucesivos, acompañada de una ampliación de capital por parte de los socios para compensar las pérdidas, pone de manifiesto que la plantilla está sobredimensionada y resulta excesiva para el número de pedidos que recibe (STSJ Cataluña 29 de junio 2004, AS 2631).

<sup>829</sup> STSJ Galicia 12 de diciembre 1995 (AS 4584).

<sup>830</sup> STSJ Cataluña 11 de diciembre 1995 (AS 4907).

<sup>831</sup> STSJ Cataluña 1 de diciembre 1995 (AS 4880).

<sup>832</sup> STSJ Cataluña 30 de diciembre 1995 (AS 4944).

<sup>833</sup> STSJ Cataluña 29 de diciembre 1995 (AS 4933).

<sup>834</sup> STSJ Castilla y León 13 de febrero 1996 (AS 361) [la cursiva es nuestra].

<sup>835</sup> STSJ Comunidad Valenciana 1 de marzo 1996 (AS 551). En términos similares, sin discutirse la situación de pérdidas continuadas de la empresa, y poniéndose en duda que la amortización de los puestos de trabajo constituyan una medida razonable para contribuir a superar la situación, la STSJ Castilla y León (Valladolid) 4 de octubre 2004 (JUR 277136), declara que “no es insignificante e irrelevante para superar la crisis que se reduzcan los gastos de personal en casi un 10% como ocurre al amortizar los dos puestos de trabajo de los actores y tampoco corrobora la ineficacia de la medida que la empresa, incurso en un procedimiento de suspensión de pagos con insolvencia definitiva, planteara un expediente de regulación de empleo para extinción de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla, lo que no prospero, o para suspensión de tales relaciones lo que sí le fue admitido, medidas que evidencian la crisis económica en que se encuentra la empresa y la necesidad de adoptar soluciones para superar tal situación”.

<sup>836</sup> STSJ Castilla y León 18 de abril 1996 (AS 1252).

<sup>837</sup> STSJ País Vasco 16 de febrero 1999 (AS 2049).

<sup>838</sup> Una exposición sintetizada de diversos pronunciamientos declarando la improcedencia, **BODAS MARTÍN**. *La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas*, op. cit., p. 106.

<sup>839</sup> STSJ Navarra 26 de octubre 1995 (AS 3172).

<sup>840</sup> STSJ Galicia 15 de noviembre 1995 (AS 4170). La STSJ Comunidad Valenciana 28 de octubre 2004 (JUR 2005\23054), declara el cese improcedente por entender que responde a la mera conveniencia empresarial, porque la medida no constituye una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva. En concreto, el

beneficios se produce en un pequeño porcentaje unido a la existencia de una reducción de plantilla anterior acordada<sup>841</sup>; es necesario, que la extinción contribuya a superar la situación económica negativa, no bastando, por tanto, que la medida sea inocua<sup>842</sup>; y no basta aunque se acrediten pérdidas por diferentes causas, si no se enmarca la medida en un contexto de decisiones, orientada a la superación de la situación económica de la empresa<sup>843</sup>.

- En cuanto a los *ceses colectivos* que exceden de los umbrales numéricos del art. 52.c) TRET<sup>844</sup>, en términos generales, se estima que cabe apreciar razones para autorizar la regulación de empleo contemplada en el artículo 51 TRET cuando (...), se [está] ante una crisis económica objetiva y real, que [afecta] no sólo al sector (...) sino, en concreto a la empresa solicitante de la regulación, suficiente, no coyuntural y referida al momento en que se [realiza] la correspondiente solicitud<sup>845</sup>. En concreto, la baja voluntaria de los socios de una cooperativa es una causa suficiente para justificar el expediente de regulación en tanto que provoca una disminución sustancial en el suministro del producto objeto de manipulación (plátanos), sin que tampoco se acredite la existencia de un ánimo fraudulento entre los socios a la hora de proceder a las bajas<sup>846</sup>. Por otra parte, la disminución sensible de ingresos en la actividad ordinaria de un centro médico, motivada por la rescisión de dos clientes que aportaban un número importante de pacientes, que provocan que los ingresos del ejercicio sean superados por los gastos, y que se *presume* que se va a incrementar en lo sucesivo, “determina sin duda la realidad de una situación que hace necesaria la toma de una serie de medidas tendentes a compensar esa disminución de ingresos, lo que pasa por una política de reducción de gastos”<sup>847</sup>.

Los Tribunales han admitido la procedencia del cese por causas económicas como consecuencia de la situación de la empresa matriz (en suspensión de pagos), junto con resultados negativos continuados de las filiales<sup>848</sup>. Se estima también la procedencia del cese en una empresa agropecuaria motivada por las continuas pérdidas económicas que obligaron a su

---

trabajador ha sido contratado en un período de pérdidas y la empresa se encuentra en una fase de expansión importante. Además, la empresa ha sustituido al trabajador cesado por otro trabajador.

<sup>841</sup> STSJ Madrid 20 de marzo 2001 (AS 1737).

<sup>842</sup> SSTSJ País Vasco 10 de noviembre 1995 (AS 3707); y 12 de diciembre 1995 (AS 4759).

<sup>843</sup> STSJ Castilla y León 13 de febrero 1996 (AS 362). La viabilidad de la contrata (“amenazada” a partir de la modificación del calendario de trabajos de limpieza por parte de la principal) no puede entenderse como un motivo que afecte a la viabilidad económica de la empresa (contratista) se vea afectada (STSJ País Vasco 16 de noviembre 2004, AS 3951).

<sup>844</sup> Según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-20., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), en el año 2007, los expedientes de regulación de empleo según la causa económica alegada (desglosada) fueron: “por problemas de tesorería o financiación”: 307; “por restricción de demanda y rescisión de contratos”: 88; “por quiebra, suspensión de pagos, deudas”: 21; “por baja productividad”: 34; “por aplicación medidas económicas”: 1.482.

<sup>845</sup> SSTS [C-A] 24 de septiembre 2001 (RJ 9334); y 14 de julio 2003 (RJ 6260).

<sup>846</sup> STS [C-A] 11 de noviembre 2002 (RJ 10246).

<sup>847</sup> STSJ Madrid [C-A] 16 de septiembre 2005 (JUR 258065).

<sup>848</sup> STSJ Madrid [C-A] 27 de abril 2005 (JUR 159959).

traslado de sede y a la presentación en suspensión de pagos<sup>849</sup>. Se justifica el expediente de regulación de empleo en una agencia de información (EFE) porque, junto a la adopción de un plan de viabilidad, la necesidad de ofrecer un servicio público y su vinculación presupuestaria al erario público, no empece a adoptar medidas de racionalización del gasto y así reducir las pérdidas<sup>850</sup>. También se admite la procedencia en los ceses promovidos por un Bingo, en tanto que es la única medida posible, pues, no puede modificarse la estructura de ingresos y gastos de la empresa ni tampoco incidir sobre la plantilla, pues su número mínimo viene fijado normativamente<sup>851</sup>. En cambio, se estima que no ha quedado suficientemente probada la causa económica alegada de una empresa que sólo ha aportado un informe de auditoría - bajo la sombra de sospecha de falta de objetividad de su autor<sup>852</sup>.

## ***ii.- La jurisprudencia y la resolución por disminución de la eficiencia.***

En esta ocasión, también se procederá al estudio por separado del tratamiento de los órganos jurisdiccionales respecto de los arts. 51 y 52.c) TRET (que, en este sentido, no son coincidentes – como se sabe).

- Una muestra de alguno de los pronunciamientos judiciales al respecto puede contribuir a dar cuenta de la interpretación que se está dando del art. 52.c) TRET y, sobre todo, de las dificultades que tienen los órganos jurisdiccionales para, más allá de las declaraciones de principios y “protocolos de interpretación”, establecer criterios claros y unificados.

Por ejemplo, respecto los elementos a tener en cuenta a la hora de alegar una excesiva onerosidad que incida en el *ámbito técnico*, la STSJ Castilla La Mancha 27 de marzo 2002<sup>853</sup> de un modo sintetizado manifiesta que: a) “si bien no es necesaria la existencia de una situación económica negativa<sup>854</sup>, sí que debe de probarse lo razonable de la medida adoptada para superar la dificultad existente<sup>855</sup>; b) Debe de probarse cumplidamente el haber realizado una determinada inversión en una innovación tecnológica<sup>856</sup>, en unas fechas inmediatamente anteriores a la decisión extintiva, es decir, no alejadas en el tiempo de la misma<sup>857</sup>; c) También debe de probarse que, como consecuencia de la innovación introducida, resulta necesario el

---

<sup>849</sup> STS [C-A] 31 de octubre 2001 (AS 9913).

<sup>850</sup> SSTSJ [C-A] Madrid 1 de junio y 14 de marzo 2005 (*cit.* y JUR 160247); y 18 de febrero 2004 (JUR 250154).

<sup>851</sup> STSJ Madrid [C-A] 14 de mayo 2004 (JUR 37301).

<sup>852</sup> STS [C-A] 26 de mayo 2003 (RJ 5313). En términos similares, STSJ Madrid [C-A] 31 de mayo 2004 (JUR 160933).

<sup>853</sup> AS 1612.

<sup>854</sup> STS 6 de abril 2000 (RJ 3285).

<sup>855</sup> STSJ La Rioja 11 de abril 2000 (RJ 5290).

<sup>856</sup> STSJ La Rioja 21 de abril 1995 (AS 1373).

<sup>857</sup> STSJ Cataluña 20 de enero 1996 (AS 172).

tener que amortizar el puesto de trabajo<sup>858</sup>, no obedeciendo ello por tanto a meras razones de conveniencia<sup>859</sup> o de simple reducción de costes<sup>860</sup>; d) Igualmente debe de probarse que, como consecuencia de la innovación introducida, el puesto sobrante es, precisamente, el que se pretende extinguir<sup>861</sup>; e) De modo obvio y general, la decisión extintiva, aunque pueda parecer justificada, no debe de encubrir una causa torpe de vulneración de un derecho fundamental del trabajador afectado, pues ello comportaría la nulidad de la medida adoptada y la condena a la inmediata readmisión del mismo”.

Pues bien, tomando por válido este protocolo hermenéutico, lo cierto es que, en muchas ocasiones, no es sencillo identificar los elementos del caso concreto que han contribuido decisivamente a la decisión final. Por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana 11 de febrero 2004<sup>862</sup>, declara la procedencia de las resoluciones de varios contratos de trabajo de trabajadores pertenecientes a la sección de clasificación de una empresa de cerámica como consecuencia de la introducción de máquinas de visión artificial (que permiten ver la calidad del producto casi sin margen de error). El argumento del Tribunal, obviando el análisis de la contribución de la medida técnica a la contribución del desequilibrio que padece la empresa, se limita a afirmar que “las innovaciones tecnológicas aplicadas al proceso productivo tienden a conseguir una mejora de la competitividad de la empresa y de su posición el mercado en el que actúa”; y, además, que ha quedado constatado la existencia de “dificultades en el funcionamiento de la empresa manifestada en un importante incremento del producto almacenado como consecuencia de una significativa disminución de ventas”<sup>863</sup>. En otro supuesto, la instalación de la operadora automática telefónica y la disminución de la plantilla de la sección de Administración, no justifican la resolución del contrato de una telefonista que se encarga además de separar el correo. Concretamente, la resolución se estima improcedente porque, primero, resta una parte del contenido del puesto amortizado, la correspondiente a la separación del correo (que no resulta cubierta por la instalación de la operadora automática de telefonía); y, segundo, porque la empresa no ha acreditado, ni la existencia de dificultades o factores desfavorables para el buen funcionamiento de la empresa, ni, por tanto, que la

---

<sup>858</sup> STSJ Cataluña 2 de septiembre 1997 (AS 3585).

<sup>859</sup> STSJ Cataluña 3 de enero 2001 (AS 560).

<sup>860</sup> STSJ Madrid 20 de junio 2000 (AS 3240).

<sup>861</sup> STSJ Navarra 24 de octubre 1995.

<sup>862</sup> AS 3194.

<sup>863</sup> En términos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 29 de mayo 2004 (AS 1246) entiende justificado el cese de una trabajadora encargada de tareas administrativas por causas organizativas y técnicas, en base a una disminución sustancial de su tareas desarrolladas provocadas por “la conexión al sistema RED de la Seguridad Social, gestiones que se realizan en la actualidad por medio de Internet, gestión integrada de peticiones desde el Colegio de Gestores Administrativos o unificación para presentación de documentos, en una sola oficina del INEM”. De tal forma que los trabajos administrativos en los que se empleaba “han descendido, habiendo quedado su puesto de trabajo sin funciones o con las mínimas para que puedan ser asumidas por el otro que también las realizaba y en tal caso no parece irrazonable la medida adoptada, ya que mantener esa situación como si nada hubiera pasado, supone colocar a la empresa en un futuro no muy largo, en una posición cuando menos delicada, al ser obligada a mantener un puesto de trabajo, con una misma retribución y gastos generales, sin apenas contenido”.

resolución se conecte con la superación de tales dificultades<sup>864</sup>. Tampoco se estima procedente la extinción del contrato de una trabajadora que realiza tareas administrativas motivada por causas técnicas (y organizativas), provocada por la introducción de un nuevo sistema informático, puesto que la actividad administrativa sigue siendo necesaria para la empresa y la trabajadora ya operaba con un sistema informático menos novedoso<sup>865</sup>.

En cambio, la STSJ Castilla La Mancha 27 de marzo 2002<sup>866</sup>, citada, estima que la implantación en una empresa de conservas vegetales de una nueva máquina de selección de vegetales, realizando el trabajo con un índice de fiabilidad del 95%, superior al resultado de selección humana, debe entenderse justificada; sin que, por otra parte, quede desvirtuada por el empleo de los servicios de una empresa de trabajo temporal para el desarrollo de otras tareas<sup>867</sup>.

En cuanto al *ámbito organizativo*, pueden identificarse similares conflictos interpretativos. Así, se ha declarado la legitimidad de decisiones extintivas motivadas, por ejemplo, por la duplicidad de funciones derivada de la unificación de los dos centros de decisión empresarial y de los dos almacenes centrales en uno solo como consecuencia de una fusión entre dos empresas<sup>868</sup>. También se ha considerado ajustada la resolución por causas organizativas de una trabajadora que desarrolla sus tareas en un área de la empresa sobredimensionada, en la que se realizan “muchas tareas repetitivas e innecesarias con sistemas informáticos muy antiguos con alto coste de mantenimiento”. Hasta el punto de que “el número de trabajadores empleados en el área administrativa ha provocado la partición o distribución de procesos administrativos simples entre diversas personas, repetición de tareas y fases del proceso, pérdida de control de calidad al no identificarse los responsables”<sup>869</sup>. En otro supuesto, la reestructuración de la organización empresarial consistente en la absorción de la sección de compras y calidad por la sección de recursos humanos porque sobra mano de obra, se estima razonable, pues, ayuda o contribuye a la remoción del desajuste productivo (pese a la existencia de beneficios); y, por ende, procedente<sup>870</sup>. La STSJ Canarias (Las Palmas) 26 de noviembre 2004<sup>871</sup> declara la

---

<sup>864</sup> STSJ La Rioja 1 de marzo 2005 (AS 650). En términos similares, la mecanización de la empresa no justifica la resolución del contrato si no vacía de contenido el puesto de trabajo del trabajador afectado (STSJ Andalucía/Granada 20 de mayo 2003, AS 2038); tampoco si la maquinaria no afecta a las funciones asignadas al trabajador (STSJ País Vasco 16 de septiembre 2003, AS 3655).

<sup>865</sup> STSJ Comunidad Valenciana 30 de septiembre 2004 (JUR 2005\8825). De hecho el Tribunal afirma que el cauce más adecuado para proceder a la resolución hubiera sido alegar la imposibilidad de que la trabajadora se integrara dentro del nuevo sistema y probar su falta de adaptación.

<sup>866</sup> AS 1612.

<sup>867</sup> Tampoco se estima que la modificación del calendario de trabajos de limpieza por parte de la empresa principal constituya una causa técnica suficiente para justificar la amortización pretendida por la empresa, pues “el calendario nuevo en que se apoya la amortización establece unas cadencias en las tareas diferentes del calendario anterior en el que se señalaba una frecuencia en la ejecución de las mismas mayor pero que no trasciende a la realización del trabajo por los operarios pues éstos se planifican y no tienen instrucciones de realizar las tareas con una concreta frecuencia” (STSJ País Vasco 16 de noviembre 2004, AS 3951).

<sup>868</sup> STSJ Cataluña 1 de diciembre 2004 (AS 4009). En términos similares, STSJ Andalucía (Málaga) 21 de abril 2005 (AS 1342).

<sup>869</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 28 de octubre 2002 (AS 3398).

<sup>870</sup> STSJ Madrid 24 de junio 2003 (AS 3627).

procedencia del cese de un trabajador motivado por la adjudicación de nuevo de un servicio, pero a un precio (muy) inferior al pactado anteriormente (aprox. 50 % menos), lo que motiva una reducción sustancial del trabajo desarrollado por el cesado (tareas contables y administrativas) que son asumidas por otro trabajador.

En cambio, no se estima procedente la reorganización de la estructura empresarial, sin acreditar la existencia de dificultades serias, objetivas y reales que impidan el buen funcionamiento de la empresa<sup>872</sup>. Tampoco la resolución motivada por la asunción de las funciones del trabajador por parte de la Dirección de la empresa matriz o bien por un superior jerárquico, sin acreditar la existencia de dificultades o factores desfavorables para el buen funcionamiento de la empresa<sup>873</sup>. En términos similares, la reorganización empresarial pretendida por la empresa amparada por el descenso del volumen de ventas no justifica la extinción por causas organizativas, si no está ligada a “una cierta finalidad”<sup>874</sup>. Tampoco se califica como causa organizativa suficiente la finalización de un proyecto informático por su elevado coste y no por su falta de rendimiento, especialmente cuando el trabajador (con contrato indefinido) no ha sido contratado para la elaboración de ese concreto proyecto y ha participado en otros; sino que debería haberse demostrado que había finalizado la actividad dentro de la empresa<sup>875</sup>. Ni la reestructuración de la plantilla comercial de una empresa como consecuencia de la adquisición de otra, pues, primero, la Sociedad no se encuentra en el supuesto de condicionar su viabilidad al cese de trabajadores; y, segundo, no se acredita que el ámbito territorial de actuación esté perfectamente cubierto y sean innecesarios los trabajos del que ha sido cesado<sup>876</sup>. Se estima que la causa organizativa alegada ha sido creada por la propia empresa desde el instante que para sustituir a un trabajador con una baja laboral se realiza un contrato eventual por circunstancias de la producción que después se convierte en indefinido, en vez de acudir al contrato de interinidad<sup>877</sup>.

En lo referente a las resoluciones que afectan al *ámbito productivo*, en términos generales, existe cierta unanimidad en identificar este concepto con una disminución del volumen de producción como consecuencia de la pérdida casi total de varios de los más importantes clientes<sup>878</sup>.

---

<sup>871</sup> AS 3677.

<sup>872</sup> STSJ Comunidad Valenciana 25 de junio 2003 (AS 2004\1110).

<sup>873</sup> SSTSJ La Rioja 11 de abril 2000 (RJ 5290); Extremadura 8 de febrero 2001 (AS 756); Cataluña 5 de mayo 2000 (AS 2084)

<sup>874</sup> STSJ Cataluña 8 de mayo 2000 (AS 1923).

<sup>875</sup> STSJ País Vasco 25 de enero 2005 (AS 98).

<sup>876</sup> STSJ Andalucía (Granada) 5 de marzo 2002 (AS 1709).

<sup>877</sup> STSJ País Vasco 8 de marzo 2005 (AS 1929).

<sup>878</sup> STSJ Cataluña 15 de febrero 2005 (AS 2554) – aunque desestime la resolución por elección inadecuada de los trabajadores cesados, *vid. infra* -; y STS 6 de abril 2000 (RJ 3285). En términos similares *vid.*, SSTSJ Comunidad Valenciana 29 de septiembre 2004 (JUR 2005\8912); y Cataluña 6 de octubre 2004 (AS 3185). También se califica como procedente el cese de un trabajador que presta sus servicios en el área de producción en una empresa

En cambio, no concurre la mencionada causa, si la amortización que se persigue se realiza transcurrido un período de tiempo considerable (3 años) desde la pérdida del principal cliente y consiguiente descenso de la facturación<sup>879</sup>. En otro supuesto, no se estima procedente el cese de un trabajador que presta sus servicios en una empresa funeraria cuando las dificultades surgidas, por aumento de la competencia y consiguiente disminución en los servicios que se venían realizando, se prevé superarlas mediante instrumentos o métodos comerciales de expansión y de apertura de otros mercados. Sin acreditarse que el cese contribuya a superar esas dificultades ni tampoco que las dificultades existentes impidan el buen funcionamiento de la empresa, pues sus resultados siguen siendo positivos<sup>880</sup>.

Especial mención merecen los supuestos de sucesión de contratas no incardinables en un supuesto de transmisión del art. 44 TRET, bien porque no haya mediado transmisión de una unidad productiva o bien porque los trabajadores no constituyan el elemento fundamental para la ejecución de la contrata<sup>881</sup>. En estos supuestos, en términos generales, la cancelación parcial o total de servicios por parte de la empresa principal no justifica la resolución contractual por causas productivas de los trabajadores de la contratista. Sólo “si la pérdida de esa contrata hubiera originado una definitiva e irreversible disminución de la producción manifestada de forma mantenida y estable, sería posible proceder a la amortización, pero no en caso contrario”. Por consiguiente, la amortización “basándose únicamente en esa reducción de las ventas correspondientes a un cliente, planteada en términos absolutamente desmarcados de su incidencia en la marcha de la empresa”, o bien sin especificar “cómo va a incidir y qué repercusión va a tener la pérdida de ese concreto cliente en la actividad productiva de la empresa” no deben entenderse suficiente para que la resolución se estime justificada<sup>882</sup>.

Tampoco la resolución de un contrato de transporte escolar, se reputa como una causa resolutoria justificada, especialmente, porque no se ha acreditado que la pérdida de un cliente haya motivado un sobredimensionamiento de la plantilla<sup>883</sup>. La terminación del contrato de arrendamiento del local donde se desarrolla una actividad comercial al por menor, tampoco puede considerarse como una causa organizativa o productiva suficiente<sup>884</sup>.

---

dedicada a la fabricación y comercialización de grifería, después de constatarse pérdidas continuadas y que la dirección tomara la decisión de centrarse en la actividad exclusivamente comercial. SSTSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero 2005 (JUR 87703); y 17 de noviembre 2004 (JUR 46435).

<sup>879</sup> STSJ País Vasco 8 de junio 2004 (AS 1804).

<sup>880</sup> SSTSJ Aragón 7 y 20 de diciembre 2004 (*cit.* y 50518); y 24 y 31 de enero 2005 (JUR 104740 y AS 818).

<sup>881</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe I.2 del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>882</sup> SSTSJ País Vasco 30 de diciembre 2004 (AS 2005\117); y 12 abril 2005 (AS 2118). En términos similares, SSTSJ Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1347) – que cita SSTSJ Cataluña 19 de febrero 1999 (AS 5537); y 3 de enero 2000 (AS 1659)-; País Vasco 7 de septiembre 2004 (JUR 2005\19728); Cataluña 25 de marzo 2004 (JUR 155198); Madrid 2 de octubre 2002 (JUR 14113); Galicia 22 de marzo 2002 (AS 633).

<sup>883</sup> STSJ Canarias 1 de diciembre 2003 (AS 2004\770).

<sup>884</sup> STSJ Comunidad Valenciana 12 de diciembre 2002 (AS 3190).



En cambio, algunos pronunciamientos siguen una línea argumentativa extraordinariamente flexible, basada fundamentalmente en el siguiente planteamiento: “el control judicial debe venir limitado a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, si la medida extintiva es necesaria, razonablemente interpretada, para los fines de saneamiento y de funcionamiento de la empresa, pretendidos por aquella”<sup>885</sup>. Principio discutible en tanto que al centrarse en la razonabilidad de la medida, obvia la necesidad de acreditar previamente la existencia de un desajuste o desequilibrio.

En su virtud, según la STSJ Comunidad Valenciana 28 de junio 2005<sup>886</sup> la finalización de la concesión administrativa justifica *per se* la resolución de los contratos de la empresa concesionaria a consecuencia de “la ausencia de la actividad contratada, por finalización de la concesión administrativa de gestión de los tributos municipales dada la asunción directa del servicio a cargo de dicho Ayuntamiento”<sup>887</sup>.

- La interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho del art. 51 TRET tampoco ha contribuido en exceso a esclarecer el sentido de la norma y, más específicamente, el nivel de desequilibrio exigido<sup>888</sup>.

La STSJ Cataluña [C-A] 15 de diciembre 2003<sup>889</sup>, declara la improcedencia del cese de una empresa que en base a causas TOP quiere introducir ciertas innovaciones *tecnológicas* (un nuevo horno) y mejorar su margen comercial. Sin embargo, el Tribunal, en base a que “la innovación tecnológica, que es una constante en la sociedad industrializada, no puede indefinidamente llevar a reducir plantilla por esta vía del expediente de regulación”, estima que “ninguna referencia se contiene a una disminución del margen comercial que haga inviable la empresa desde el punto de vista de la actividad normal, con unos beneficios normales y una previsible inversión en renovación. La referencia a la disminución del margen comercial se valora por sí misma, pero sin relación a tales extremos”.

---

<sup>885</sup> STSJ Comunidad Valenciana 18 de noviembre 2004 (JUR 2005\46411). En este caso, el Tribunal estima ajustado el cese provocado por la finalización de la contrata (mantenimiento de condiciones ambientales) con la empresa principal que se dedica a la fabricación de automóviles, pese a que la empresa mantiene otra contrata con la misma principal (servicios de logística en las plantas de prensas y carrocerías), y pese a que el trabajador está capacitado para la realización de tales tareas. Sin embargo, estima que el cese es razonable porque el trabajador tiene una categoría profesional superior a la requerida (lo que justifica, en opinión del Tribunal, la contratación de otros trabajadores para realizar tales funciones). Y no puede obligarse a la empresa a que emplee al trabajador cesado en tareas pertenecientes a una categoría inferior (pese a que lo permita el art. 39.2 TRET) porque “entender lo contrario sería obligar a la empresa a soportar unos costes de producción inadecuados, por elevados, con perjuicio para el funcionamiento de la misma, por su inferior posición competitiva en el mercado, justamente lo que pretende evitar con los *despidos* objetivos” [la cursiva es nuestra].

<sup>886</sup> AS 2460.

<sup>887</sup> Un caso similar resuelto del mismo modo, STSJ Cantabria 25 de mayo 2005 (AS 1115).

<sup>888</sup> Según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-20., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), en el año 2007, los expedientes de regulación de empleo según la causa alegada fueron las siguientes. Por causas técnicas (desglosada): “técnicas”: 390; “reestructuración de empresas”: 11; “ruinas u obras de inmuebles y falta de materia prima”: 100; y por causas organizativas o de producción: 769.

<sup>889</sup> LA LEY JURIS: 370/2004.

La STSJ Madrid [C-A] 31 de mayo 2005<sup>890</sup> declara la procedencia del cese colectivo en base a causas *organizativas* de una editorial que realiza una reorganización de su estructura logística y territorial de sus almacenes con el fin de optimizar sus recursos y reducir costes, para de este modo garantizar la viabilidad futura de la empresa. La STSJ Cataluña [C-A] 26 de junio 2004<sup>891</sup> declara la procedencia del ERE planteado por una empresa de mantenimiento de aire acondicionado basado en causas organizativas y productivas, motivadas por la rescisión de la contrata por parte de la principal. El fallo es discutible en tanto que, como se ha analizado, la mera finalización de la contrata no justifica *per se* las resoluciones contractuales.

La STSJ Comunidad Valenciana [C-A] 7 de marzo 2005<sup>892</sup> estima justificado el cese colectivo por causas *productivas* en una empresa de automóviles en base al informe técnico relativo al plan de producción, en el que se detalla la producción de vehículos, el descenso de ventas de algunos modelos fabricados por la planta y el stock de vehículo de ese modelo existente en los concesionarios, así como las medidas a adoptar por el departamento comercial con el fin de relanzar ese modelo y aumentar su demanda. Por todo ello, entiende que “aparece debidamente probado que existe un desajuste entre la producción de vehículos y la demanda de los mismos y que para paliarlo es necesaria la reducción de la producción”.

### ***iii.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad, la descentralización productiva y la jurisprudencia.***

Frente a la *relativa* facilidad con la que el art. 44 TRET permite resolver los conflictos de descentralización productiva *impropia* – en la terminología de la doctrina; la descentralización *propia*, esto es, la decisión de simplificar la estructura empresarial a través de la desaparición (y no mero *desgajamiento*) de una fracción o departamento de la empresa, y posterior contratación externa de los servicios o actividades recién desprendidas, está resultando mucho más compleja, dadas las ambigüedades del régimen resolutorio recién analizado. Hasta el extremo de que, más allá de su naturaleza traumática, se ha erigido en uno de los puntos (si se nos permite, del *frente de batalla*) en los que el conflicto entre los valores de libertad de empresa y estabilidad en el empleo se muestra con más intensidad<sup>893</sup>. Escenario al que ha contribuido activamente la posibilidad (jurisprudencialmente admitida) de que la amortización de un puesto de trabajo no conlleve necesariamente la desaparición de las funciones desarrolladas por los trabajadores afectados (*teoría organicista*). Al amparo de estos vectores se ha puesto de manifiesto

---

<sup>890</sup> JUR 159318.

<sup>891</sup> *Cit.*

<sup>892</sup> JUR 135684.

<sup>893</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Descentralización productiva, contrataciones y despido por causas organizativas*, *op. cit.*, p. 407 a 410.

la necesidad de precisar los límites de la descentralización productiva a través de contratas como causa resolutoria.

Como punto de partida, se estima que la descentralización no es una causa resolutoria, *per se*, sino una consecuencia de una situación previa de desequilibrio<sup>894</sup>. Por tanto, no puede admitirse que la legitimidad de la resolución derive de la propia descentralización, exigiéndose la concurrencia de dificultades acreditadas en el funcionamiento de la empresa<sup>895</sup>.

Por consiguiente, la idoneidad de la resolución contractual en estos supuestos de descentralización productiva está condicionada, primero, a la existencia de un desequilibrio previo y, segundo, a la existencia de una conexión de adecuación o funcionalidad entre la decisión empresarial objeto de controversia y la superación de las dificultades detectadas en el funcionamiento de la actividad empresarial<sup>896</sup>. Por tanto, la resolución sólo es admisible “si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad”. Es decir, la descentralización debe constituir una “medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”<sup>897</sup>. Exigiéndose que tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia sean perceptibles y objetivables, y no meramente hipotéticos<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> Criterio aceptado mayoritariamente por la doctrina *vid.*, **LÓPEZ ANIORTE**. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, *op. cit.*, p. 90 y 91; **DEL REY GUANTER** y **LUQUE PARRA**. *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*, *op. cit.*, p. 528 y 529; **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, *op. cit.*, p. 188 a 190; **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, *op. cit.*, p. 61 a 63; **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**. *Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas*, *op. cit.*, p. 241; **PEDROSA GONZÁLEZ**. *El despido por causas no imputables al trabajador en empresas descentralizadas*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997, p. 302 a 304; y **MORALES VALLEZ**. *La externalización productiva como causa de despido objetivo*. RTS nº 179, 2005, p. 53

Aunque la situación no es pacífica, dado que existen autores que defienden lo contrario, **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 74. **SALA FRANCO**, analizando la reforma de 1994, entiende que pese al rechazo jurisprudencial de la descentralización como causa resolutoria, supone que la flexibilidad introducida por la Ley 11/1994 en las causas extintivas, se “[concretará] en la normal aceptación de estas decisiones empresariales descentralizadoras”. **SALA FRANCO**. *La reforma del mercado de trabajo*, *op. cit.*, p. 219. *Vid.* también, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** y **ROQUETA BUJ**. *Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”*, *op. cit.*, p. 90; y **JURADO SEGOVIA**. *El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET: puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>895</sup> SSTs 21 de julio 2003 (RJ 7165); y 21 de marzo 1997 (RJ 2615).

<sup>896</sup> STS 31 de mayo 2006 (RJ 3971). Un comentario crítico respecto de este pronunciamiento en, **MARTÍNEZ PASTOR**. *Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción*. *Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006*. Iuslabor 4/2006 ([www.upf.edu/iuslabor/](http://www.upf.edu/iuslabor/)).

<sup>897</sup> SSTs 21 de marzo 1997 (RJ 2615); y 30 de septiembre 1998 (RJ 7586). *Vid.* también, STSJ Madrid 20 de junio 2000 (AS 3240): “siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”; y STSJ Galicia 24 de febrero 1995 (AS 607).

El papel de la autonomía colectiva al respecto es cada vez mayor. Por ejemplo, el Acuerdo Interprofesional de Cataluña para los años 2005-2007 (DOGC 9 de septiembre 2005, LCAT 590) – de naturaleza obligacional para las partes firmantes – prevé (Capítulo I, Título II “Criterios sobre subcontratación y descentralización productiva”) una serie de medidas que deben acompañar a estos procesos, haciendo especial hincapié en la puesta en marcha de canales de información entre la empresa y los representantes de los trabajadores (“Ante la existencia de un proyecto de subcontratación relevante para la actividad de la empresa, es especialmente indicado que, con carácter previo, se arbitre un procedimiento que permita la aportación de información recíproca entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, en un período limitado de tiempo, respecto del alcance y condiciones de la subcontratación o las posibles medidas sustitutorias de flexibilidad interna”).

Un aspecto sumamente controvertido es el relativo a la entidad del desequilibrio requerido (esto es, su actualización y acreditación). Como punto de partida, debe tenerse siempre presente que, como ha admitido el TS, no caben soluciones absolutas unificadoras, debiéndose proceder a un análisis caso a caso<sup>899</sup>.

Por otra parte, dadas las diferencias sustantivas entre las causas económicas y las TOP apuntadas, la acreditación del desequilibrio depende de la causa alegada<sup>900</sup>. Con carácter previo, conviene tener presente que el Alto Tribunal ha declarado que la resolución de los contratos motivados por la externalización de un servicio debe integrarse en el ámbito de las causas organizativas y productivas<sup>901</sup>. Sin embargo, dada la amplitud con la que se normativamente se configura la resolución contractual por excesiva onerosidad motivada por ‘causas de empresa’, no parece excesivamente adecuado que los casos de resolución por externalización de funciones deban encorsetarse única y exclusivamente en estos dos únicos ámbitos<sup>902</sup>.

Aceptada esta premisa, si se acude a las *causas económicas* deberá probarse la existencia de una situación económica negativa de la empresa en su globalidad<sup>903</sup>; pero, en cambio, si se

---

En esta línea, en algunos convenios, si la subcontratación provoca una reducción de plantilla, existe la obligación de que la decisión sea negociada entre la empresa y la representación de los trabajadores (CCOL – Toledo – Comercio Alimentación, BO. Toledo 14 de junio 2003, LEG 4067). En otros, la empresa debe informar a los representantes de los trabajadores, y negociar con los trabajadores que pudieran verse afectados (CCOL Institut de Recerca i Tecnologia Agroalimentària, DOGC 28 de abril 2004). En el CCOL La Vanguardia Ediciones, S.L. (BOE 14 de septiembre 2005), en los supuestos de externalización de actividades propias de la empresa, debe negociarse durante un período de 15 días, “sobre las causas motivadoras de la medida empresarial y posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

<sup>898</sup> STS 31 de mayo 2006, (RJ 3971).

<sup>899</sup> SSTS 31 de mayo 2006, (RJ 3971); y 4 de octubre 2000 (RJ 8660).

<sup>900</sup> Un análisis jurisprudencial de las causas que se acostumbra a alegar en los supuestos de resolución contractual derivada de la descentralización a través de una contrata en, **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, op. cit., p. 191.

<sup>901</sup> STS 21 de julio 2003 (RJ 7165): “extinción del contrato de trabajo que deriva de una subcontratación es considerada como causa organizativa”. No obstante, como recoge SOLÀ MONELLS, pese a que, por lo común, la descentralización tiende a canalizarse a través de las causas organizativas; aunque, a veces, también se alegan causas económicas, o bien causas productivas, y en otras ocasiones junto con causas técnicas y productivas (excepcionalmente, se canaliza sólo a través de causas económicas). No obstante, asevera el mismo autor, la tendencia a identificar los supuestos de descentralización con las causas organizativas es un síntoma de la creencia errónea de que la causa de la resolución reside en la propia descentralización. **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, op. cit., p. 191 y 192.

<sup>902</sup> En términos similares, **SOLÀ MONELLS**. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, op. cit., p. 192; y **LÓPEZ ANIORTE**. *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, op. cit., p. 86 y 87. No parece entenderlo así, **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Descentralización productiva, contrata y despido por causas organizativas*, op. cit., p. 412; y **DESDENTADO BONETE y DURÁN HERAS**. *Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico*, op. cit., p. 95 y ss. *Vid.* también recogiendo la opinión de otros autores, **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA**. *Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas*, op. cit., p. 249.

<sup>903</sup> STSJ La Rioja 30 de noviembre 2004 (AS 3517). Aunque en este supuesto la resolución se pretende justificar en causas “objetivas-económicas-organizativas”, el Tribunal declara la procedencia porque estima que la situación económica negativa de la empresa en su totalidad queda suficientemente acreditada. No obstante, lo cierto es que el pronunciamiento no establece ni una conexión entre la finalización del servicio con la principal y la situación económica negativa de la empresa, ni tampoco se refiere a la contribución de la medida resolutoria para superar el mencionado desajuste. La externalización del servicio fotográfico de un periódico que padece una situación económica negativa justifica la resolución contractual, dado que contribuye a superar el desajuste “global” que padece la empresa (STSJ País Vasco 13 de octubre y 27 de septiembre 2004; respectivamente, AS 3582 y JUR 2005\19282). En términos similares, *vid.* SSTSJ Cataluña 27 de septiembre 2004 (JUR 2005\19309) -

acude a las *causas TOP*, no es exigible que repercuta en la totalidad de la empresa, ni tampoco la concurrencia de un telón de fondo crítico, pudiéndose plantear como medida preventiva, siempre que se acredite la realidad del desajuste y la razonabilidad de la medida en aras a contribuir en su superación<sup>904</sup>. Más concretamente, se entiende que cuando se acuda a la vía

---

externalización de parte del departamento de producción publicitaria, maquetación y diseño en una empresa con pérdidas acreditadas e introducción paralela de innovaciones informáticas que automatizan la actividad; Comunidad Valenciana 27 de abril 2004 (AS 3885); 6 de abril 2005 (AS 3818); y 11 de marzo 2004 (JUR 317694) – externalización de la gestión de la distribución de productos en empresa con pérdidas económicas continuadas (3 últimos ejercicios).

En cambio, el cese de una trabajadora motivado por causas económicas y la consiguiente externalización de las tareas que desarrolla (encargada del departamento de personal, confección de nóminas, seguros sociales), se califica como improcedente porque la amortización del puesto de trabajo difícilmente puede contribuir razonablemente a superar el desajuste económico que padece el ayuntamiento donde trabaja (STSJ Extremadura 25 de enero 2005, JUR 44363). Tampoco se declara la procedencia del cese de un animador de un hotel tras la externalización del servicio de animadores, porque no se ha acreditado la situación económica negativa (sólo una disminución de las ventas y una bajada de clientes) ni tampoco el ahorro que comporta la contrata (STSJ Baleares 2 de enero 2004, AS 359). En términos similares, STSJ Galicia 24 de febrero y 22 de agosto 1995 (AS 607 y Castilla La Mancha 13 de junio 1995 (*cit.*, las dos últimas, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 824); y Cataluña 2 de abril 2003 (JUR 137744).

<sup>904</sup> STS 21 de julio 2003 (RJ 7165). Por ejemplo, se estima ajustada la resolución contractual motivada por la externalización del servicio de transporte, de una empresa que tiene pérdidas en los últimos ejercicios y ha desarrollado un plan de viabilidad, donde se refleja el ahorro mínimo de costes estimados para el volumen de actividad actual (SSTSJ Comunidad Valenciana 27 de abril 2004, AS 3684; 7 de abril 2004, JUR 2005\11827; y 24 de marzo 2004, AS 3095). Se estima también la procedencia del cese de varios trabajadores motivado por la externalización del servicio de almacén ante la falta de adecuación de los locales hasta entonces utilizados por la empresa en el centro de la ciudad (STSJ Cataluña 25 de marzo 2004, AS 2227). Asimismo, la contratación de una empresa externa para prestar servicios de telefonía para superar el desajuste que en este servicio existe en la empresa (SSTSJ Cataluña 17 de septiembre 2003, JUR 236182; y 21 de mayo 2003, JUR 160936). Resulta, por otra parte, sumamente objetable el criterio seguido por la STSJ Aragón 6 de febrero 2003 (AS 1714). En este supuesto, el empresario procede a extinguir un contrato de trabajo de una trabajadora que realiza tareas de limpieza y prepara las comidas de los trabajadores, porque va a proceder al traslado de sus oficinas a otra localidad, donde los trabajadores podrán ir a comer a casa y donde las tareas de limpieza serán inferiores. Sin embargo, extinguido el contrato y un mes antes del desplazamiento a la nueva localidad se contrata a una Empresa de Trabajo Temporal para prestar los mismos servicios en el centro de trabajo. Pese a todo, el Tribunal entiende que existencia de una necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo por causas organizativas porque el traslado a la localidad en la que tenían su residencia los trabajadores que prestaban servicios en las mismas, evitando desplazamientos y haciendo innecesario que comiesen en el lugar de trabajo, al poder desplazarse a sus domicilios a comer” resultaba racional y justificado desde un punto de vista organizativo. Así, “como consecuencia directa de este traslado una parte muy importante de las tareas que llevaba a cabo la actora quedó vacía de contenido, pues ya no era necesario comprar y preparar la comida, ni la limpieza posterior a la misma, de forma que las tareas de limpieza las lleva a cabo en la actualidad otra trabajadora a tiempo parcial con una jornada de únicamente cinco horas y media semanales”. La misma objeción plantea STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio 2002 (AS 1601) que declara la procedencia del cese de un trabajador encargado del mantenimiento de máquinas recreativas como consecuencia de la externalización del servicio, sin que quede debidamente probado la existencia de un desequilibrio previo. En cambio, puede intuirse que la motivación de la empresa, encubierta en unas pretendidas causas organizativas y productivas, es su mera conveniencia; pues, como afirma la sentencia, “el actor debía desplazarse a cualquier lugar del territorio nacional en que se produjera una avería para proceder a su reparación, con la consiguiente pérdida de tiempo evaluable en términos de productividad, y las dificultades técnicas que ello representaba (...). De tal manera que no cabe duda que la prestación de estos servicios por empresas especializadas radicadas en los mismos lugares donde se ubican los diferentes centros de trabajo o de explotación, redundaría en una mejor prestación del servicio que se ofrece al mercado, derivada de una mayor rapidez en la reparación de las averías y un más adecuado mantenimiento de la maquinaria”.

En cambio, se declara la improcedencia del cese de un trabajador (químico) encargado del área de control técnico e investigación y desarrollo, motivado por la externalización de sus tareas a fin de obtener las determinadas certificaciones de calidad; sin que la empresa acredite suficientemente la entidad del desequilibrio padecido por la empresa, ni la razonabilidad de la amortización pretendida (STSJ Comunidad Valencia 7 de marzo 2001, AS 3347). En términos similares, los Tribunales han declarado la improcedencia del cese por no acreditarse ni el desequilibrio que padece la empresa, ni tampoco cómo el cese va a contribuir razonablemente a su superación *vid.*, SSTSJ Comunidad Valenciana 3 de diciembre 2003 (AS 2971); Castilla la Mancha 25 de abril 2003 (AS 3452); Madrid 16 de abril 2002 (JUR 166144); Aragón 24 de enero 2005 (JUR 104735); y 2 de diciembre 2004 (JUR 2005\68006). También se desestima en el caso de una empresa que externaliza los servicios de albañilería, y procede a la

resolutoria habilitada por el art. 52.c) TRET, “el control judicial previsto en la Ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para ‘superar’ las dificultades que impidan su buen funcionamiento se han de limitar en este punto a comprobar si tales medidas (...) es plausible o razonable en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del ‘buen comerciante’”<sup>905</sup>.

No obstante el criterio de los Tribunales resulta en ocasiones ciertamente ambiguo, pues, la propia decisión descentralizadora o, más exactamente sus efectos, han justificado la resolución contractual. En este sentido, la STS 4 de octubre 2000<sup>906</sup> (siguiendo el criterio marcado por la STS 21 de marzo 1997<sup>907</sup>) declara la procedencia de la resolución del contrato de un profesional que ejercía las funciones propias de la prevención de riesgos laborales, después de que la empresa contratara con terceros la realización de la totalidad de las actividades preventivas<sup>908</sup>. Repárese que, en opinión del TS, la cuestión se centra en dilucidar si “los servicios concertados por la empleadora recurrente cubren todo el campo de actuación en el que venía desarrollándose el Servicio Médico empresarial en el que el actor estaba integrado”<sup>909</sup>. Planteamiento en el que puede observarse una desviación con respecto a la doctrina judicial consolidada, pues, se prescinde, o no se presta la debida atención a la evaluación de la existencia o no de una situación de dificultad a superar ni tampoco a la comprobación de si la resolución contribuirá a la superación de la misma<sup>910</sup>.

---

resolución por causas organizativas y productivas del contrato de un trabajador que desarrolla tareas de albañilería y fontanería, porque los servicios concertados externamente no cubren todo el “espacio en el que se desarrollaba el servicio interno” (STSJ La Rioja 9 de octubre 2004, RJ 792). En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 19 de mayo 2005 (JUR 195619); aunque el mismo tribunal, en otro supuesto, declara la procedencia de la resolución porque la externalización ha afectado a las tareas sustanciales que desarrollaba el trabajador cesado (STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio 2002, AS 1601). Asimismo, el cese de un médico como consecuencia de la externalización de los servicios médicos, debe calificarse como improcedente si “se requiere otra atención que debe seguir desempeñando el trabajador (STSJ País Vasco 10 de febrero 2004, JUR 145175). *Vid.* también, STSJ Cataluña 25 de marzo 2004 (JUR 155198). Por otra parte, la externalización y la resolución deben ir paralelas en el tiempo, pudiéndose declarar la improcedencia si se estima que media un tiempo excesivo entre una y la otra (STSJ Madrid 27 de diciembre 2002, AS 2003\1575).

<sup>905</sup> STS 31 de mayo 2006, (RJ 3971).

<sup>906</sup> RJ 8660.

<sup>907</sup> RJ 2615.

<sup>908</sup> Pronunciamiento que confirma el criterio de la STSJ Castilla y León (Valladolid) 13 de octubre 1999 (AS 6947). No obstante, específicamente vinculado a la externalización de los servicios de prevención, debe tenerse en cuenta que el art. 14 del Reglamento que regula los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, Decreto 37/1997, 17 de enero, establece las empresas que deben disponer de un servicio de prevención propio. Regulación que tiene carácter imperativo, *vid.* al respecto, STS 3 de noviembre 2005 (RJ 2006\1).

<sup>909</sup> Si así fuera, prosigue, “está claro que sería contrario a la buena organización de los recursos el mantenimiento de un servicio médico de empresa que se solaparía a la actividad contratada, y en este caso la decisión de amortizar los puestos de trabajo respondería a la necesidad objetiva requerida en el art. 52 c) en relación con el art. 51.1 del ET, constituyendo una ‘medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial’” (FJ 2º). Ahora bien, también sostiene que “en el caso de que los servicios concertados externamente no cubrieran todo el espacio en el que se desarrollaba el servicio interno, deberían seguir desempeñándose por los trabajadores a él afectos las tareas no contratadas externamente” (FJ 2º).

<sup>910</sup> A diferencia de la tesis expuesta por FERNÁNDEZ LÓPEZ, a nuestro entender, conforme al actual estado de la cuestión en los Tribunales, las divergencias no se hallan tanto en el grado de contundencia que se exige a lo que denomina “ese telón de fondo crítico” (FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Descentralización productiva, contratos y despido por causas organizativas*, *op. cit.*, p. 414), sino si debe exigirse una prueba de un desequilibrio previo a la decisión

Sin aceptar directamente la legalidad de la decisión descentralizadora en base a la conveniencia empresarial o la mera optimización de los recursos, el foco de atención se centra en la prueba de la “disfunción organizativa actual y en su relevancia en la posición competitiva de la empresa”<sup>911</sup>. Así, la descentralización puede convertirse en un medio idóneo de saneamiento de la empresa con tal de que la “constituya un medio racional en términos de eficiencia de la organización productiva”<sup>912</sup>. En pocas palabras, la justificación de la resolución se hace depender de que la medida asegure la competitividad empresarial; lo cual, como afirman DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA, es algo muy diferente a exigir que la resolución contribuya a asegurar la viabilidad de la empresa<sup>913</sup>.

Sobre la base de esta premisa, por ejemplo, la STS 4 de octubre 2000<sup>914</sup> declara que “están justificadas las razones organizativas alegadas por la empresa para tomar su decisión por estar dentro de sus facultades concertar con una Mutua de Trabajo los servicios de prevención, lo que conlleva la amortización de la plaza de Médico de Empresa, existiendo el necesario nexo causal entre la medida y la decisión, pues ello contribuye a la competitividad de la empresa, siendo razonable y lógico, como se dice en la sentencia de contraste, su decisión, ya que lo contrario sería una dualidad de prestación de unos servicios innecesarios”<sup>915</sup>. Argumentación en la que, en el fondo, es difícil que no se acabe identificando la racionalidad de la medida, desde la perspectiva de la búsqueda de la mejora de la competitividad, con la mera conveniencia empresarial<sup>916</sup>.

En definitiva, según esta línea argumental, como sintetiza la STSJ Comunidad Valenciana 26 de junio 2004<sup>917</sup>, “si se dan los supuestos objetivos, deberá aceptarse la posibilidad de amortización cuando se sacan fuera de la empresa determinados servicios, pues

---

descentralizadora para legitimar los ceses, o bien basta con alegar la existencia de un desequilibrio derivado (consecuencia) de la propia decisión descentralizadora.

<sup>911</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Descentralización productiva, contratos y despido por causas organizativas*, op. cit., p. 414.

<sup>912</sup> STS 21 de marzo 1997 (RJ 2615). Resolución que declara la legitimidad de la resolución contractual de dos trabajadores (jardineros) de una empresa que decide externalizar los servicios de jardinería, sin que se acredite la existencia de una situación de dificultad, ni tampoco la contribución de las extinciones a su superación. En este supuesto se declara que la descentralización “constituye una medida racional en términos de eficiencia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial”.

<sup>913</sup> DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA. *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*, op. cit., p. 527 y 528.

<sup>914</sup> RJ 8660.

<sup>915</sup> En términos similares, la STS 30 de septiembre 1998 (RJ 7586), sin reparar en las exigencias apuntadas, declara la procedencia de la resolución del contrato de un director de marketing y publicidad de una empresa dedicada a la actividad comercial de óptica, después de que la empresa se asociara a una cooperativa que presta a sus asociados los servicios de publicidad, produciendo una publicidad unificada para sus asociados.

<sup>916</sup> *Vid.* DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA. *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*, op. cit., p. 528.

<sup>917</sup> AS 979. Supuesto que enjuicia la resolución de un contrato de trabajo de un repartidor de prensa, como consecuencia de la externalización de su ruta de reparto a una empresa especializada (la única que quedaba sin externalizar).

no serviría para nada la facultad que la norma concede al empresario para mejorar su competitividad, si luego se le obliga al mantenimiento íntegro de los puestos de trabajo”<sup>918</sup>.

Planteamiento que, sin duda, supone una enorme flexibilización de la exigencia causal en las resoluciones adoptadas como consecuencia de una externalización<sup>919</sup>. No obstante, siguiendo de nuevo a DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA, aunque los propios tribunales admiten que la mera decisión descentralizadora no justifica por sí una resolución por ‘causas de empresa’, la conclusión que se deriva de sus propias argumentaciones parece ser precisamente la contraria<sup>920</sup>.

#### ***iv.- La concreción de la excesiva onerosidad por parte de la Autoridad Laboral.***

El papel de la Autoridad Laboral a la hora de interpretar cuándo concurre una excesiva onerosidad por “causas de empresa”, sigue un planteamiento muy similar al que vienen siguiendo los órganos jurisdiccionales. No obstante, con carácter previo, conviene tener en cuenta que el número de ocasiones en las que la Autoridad Laboral se pronuncia al respecto son bastante reducidas. Según el análisis efectuado respecto de las Resoluciones de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de Cataluña (en adelante, RDGRL) a las que hemos tenido acceso, este fenómeno se explica porque la mayor parte de los expedientes finalizan con acuerdo<sup>921</sup>; y ello lleva a la Administración a autorizar el ERE sin que en la Resolución correspondiente se haga mención a la concurrencia o no de las causas resolutorias

---

<sup>918</sup> En términos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 22 de febrero 2001 (AS 3008), declara la procedencia de la resolución de un contrato de un trabajador, encargado de la recogida de animales de la vía pública, como consecuencia de la firma de un acuerdo entre la Mancomunidad donde trabaja y una protectora de animales, por el cual ésta pasa a realizar la tarea a él encomendada. La justificación, en este caso, no se basa en la existencia de pérdidas económicas, sino en la mera “mejora y racionalización del servicio” (en términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 5 de abril 2002, AS 865). *Vid.* también, justificación de la amortización derivada de la propia medida descentralizadora, sin acreditación de desequilibrio previo, SSTSJ Cataluña 22 de diciembre 2004 (JUR 2005\56256) – externalización servicio limpieza ayuntamiento; Madrid 31 de mayo 2004 (JUR 272199) – externalización servicios de base de datos de marketing; Extremadura 10 de junio 2003 (AS 3814) – externalización departamento de infraestructuras de una empresa dedicada a la actividad financiera.

<sup>919</sup> SOLÀ MONELLS. *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva*, op. cit., p. 190.

<sup>920</sup> DEL REY GUANTER y LUQUE PARRA. *Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas*, op. cit., p. 528.

<sup>921</sup> Según los datos que ofrece el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya ([http://www.gencat.net/treball/departament/activitat/treball/dadest31/ci\\_regulacio/index.html](http://www.gencat.net/treball/departament/activitat/treball/dadest31/ci_regulacio/index.html)) de los últimos cinco años, en el 2003, del total de ERE resueltos (485), sólo un 4’53 % no fue autorizado (22); y de los que si lo fueron (463), el 87’26 % (404) se obtuvo un acuerdo. En el año 2004, del total de ERE resueltos (436), sólo un 3’89 % no fue autorizado (17); y de los que si lo fueron (419), el 92’37 % (387) se obtuvo un acuerdo. En el año 2005, del total de ERE resueltos (353), sólo un 4’81 % no fue autorizado (17); y de los que si lo fueron (336), el 94’65 % (318) se obtuvo un acuerdo. En el año 2006, del total de ERE resueltos (345), sólo un 1’15 % no fue autorizado (4); y de los que si lo fueron (341), el 93’26 % (318) se obtuvo un acuerdo. Finalmente, en el año 2007, del total de ERE resueltos (359), sólo un 1’90 % no fue autorizado (7); y de los que si lo fueron (352), el 94’89 % (334) se obtuvo un acuerdo.



alegadas<sup>922</sup>. Siendo ciertamente escasos en los que, existiendo un acuerdo, la Autoridad Laboral decida no autorizarlo. Circunstancia que dificulta sobremanera la posibilidad de averiguar desde un punto de vista jurídico los contornos de la excesiva onerosidad por “causas de empresa” alegada.

Más allá de estos supuestos (como se ha apuntado, la inmensa mayoría), la Administración ha asumido plenamente, al menos en el plano formal, la definición de las causas de empresa delimitada por la jurisprudencia<sup>923</sup>; diferenciándose conceptualmente de la imposibilidad objetiva<sup>924</sup>. De todos modos, aún puede hallarse referencias conceptuales alejadas de los planteamientos que inspiraron la reforma de 1994. Por ejemplo, en la RDGRL 3 de agosto 2007<sup>925</sup> se vincula la excesiva onerosidad con la situación crítica en la que se halla la empresa<sup>926</sup>. En otro supuesto, la Autoridad Laboral no autoriza el ERE por entender que la situación económica negativa alegada no empece que la empresa tenga margen para reconducir la situación, evidenciándose que la situación no es irreversible<sup>927</sup>.

***v.- Valoración (crítica) del régimen jurídico de la resolución por ‘causas de empresa’ y de su interpretación por los órganos jurisdiccionales (y administrativos).***

Desde un punto de vista de política legislativa, el supuesto de hecho de la resolución por ‘causas de empresa’ se caracteriza por un nivel de imprecisión extraordinariamente amplio. La posibilidad de averiguar la intensidad del desequilibrio contractual necesario para resolver el contrato que está exigiendo la norma es ciertamente compleja. El empleo de conceptos jurídicos indeterminados excesivo, más propios de la ciencia económica que de la jurídica y, todo ello, enmarcado en valoraciones de naturaleza prospectiva, describen una norma jurídica de difícil “gestión” práctica. Tampoco contribuye a dar luz sobre esta cuestión, la graduación derivada de la secuencialidad de las medidas de alteración reconocidas al empresario ni las diferencias (“de matiz”) entre los arts. 51 y 52.c) TRET en lo que a la resolución por disminución de la eficiencia se refiere. Más allá de la idea de la existencia de una graduación en la intensidad del riesgo, la falta de descripción de un punto de partida (o de llegada), hace que

---

<sup>922</sup> Circunstancia que – recuérdese - ya ha sido denunciada al analizar la naturaleza jurídica de la intervención de Autoridad Laboral. En este sentido, RDGRL 31 de enero 2008 (Exp. 204/07).

<sup>923</sup> Por ejemplo, RDGRL 25 de enero 2008 (Exp. 269/07).

<sup>924</sup> RRDGRL 12 de diciembre 2006 (Exp. 264/06); y 23 de octubre 2006 (Exp. 214/06) – en un supuesto de suspensión.

<sup>925</sup> Exp. 70/07.

<sup>926</sup> Circunstancia que, no obstante, no empece a la Autoridad Laboral a autorizar la suspensión de las relaciones de trabajo durante un período de seis meses.

<sup>927</sup> RDGRL 9 de noviembre 2007 (Exp. 154/07).

todo el sistema *secuencial* queda desprovisto de vectores que lo acoten, sin posibilidad de ubicarlo en unas coordenadas determinadas, y, por ello, está sometido a un relativismo crónico.

El número de factores indeterminados es tal que, puede decirse que la norma hace una regulación de un determinado conflicto, sin que en realidad se sepa exactamente qué es lo que se está exigiendo. Como ya se ha expuesto, esta técnica político-legislativa no es fruto de la improvisación, sino que se trata de una decisión deliberada. Pero lo cierto es que, si no se quiere caer en el riesgo de que el ámbito de aplicación de la norma se quede “corto”, el margen de maniobra es ciertamente limitado. En conclusión, por tanto, las posibilidades técnico-jurídicas de proceder a una descripción más detallada de la cuantificación del desequilibrio exigido o de los parámetros que objetivamente posibiliten su deducción son ciertamente remotas. La reciente LC y la deficiente redacción de las causas para modificar, suspender o resolver los contratos no contribuye a vislumbrar una panorama optimista al respecto.

En definitiva, el sistema no tiene más remedio que confiar la precisión de la norma a los órganos jurisdiccionales y a la hermenéutica. El problema es que el temor del Legislador a acotar el sentido de la norma, se ha exportado a los Tribunales y, particularmente, al Tribunal Supremo. En esta sede, se constata una marcada tendencia a resolver según el caso concreto, siendo muy reacio a establecer parámetros interpretativos generales. Por otra parte, también se observa la tendencia de la doctrina judicial a reproducir miméticamente la doctrina jurisprudencial; pero con la particularidad de que el proceso de subsunción de los hechos en el supuesto de hecho resulta, en ocasiones, una tarea de difícil comprensión y asimilación lógico-jurídica. De modo que la secuencia del razonamiento seguido queda en muchas ocasiones velada o ciertamente difusa<sup>928</sup>, confiriendo a las decisiones judiciales de una elevada impredecibilidad<sup>929</sup>. Hasta el extremo de que, en ocasiones, desde un punto de vista jurídico, uno no acaba de comprender con exactitud el sentido del fallo; y, lo que es más grave, se tiene la sensación que ese mismo supuesto planteado ante otro órgano jurisdiccional podría haber

---

<sup>928</sup> En este sentido, puede exportarse al ámbito laboral la reflexión vertida respecto de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo, vertida por PASQUAU LIAÑO y recogida por FERNÁNDEZ URZAINQUI: “A juicio de su autor, la jurisprudencia incurre en un doble exceso que aparentemente es contradictorio, pero que responde a razones similares: a) Por una parte, un exceso de decisionismo: La regla se pliega excesivamente al caso y se relativiza más allá de lo razonable. Pese a la reiteración con que se advierte que la casación no es una ‘tercera instancia’, no es infrecuente encontrar sentencias en las que sólo se razona en contemplación de la ‘justicia del caso’, como si de un Tribunal de instancia se tratara. b) Por otra parte, y en el otro extremo, un exceso de automatismo: No es insignificante -se dice- el porcentaje de sentencias en las que se transcriben agotadoramente y en bloque ‘retahílas’ jurisprudenciales desvinculadas de los casos en los que se fueron forjando y de las que resulta una conclusión ‘standard’ que hurta todos los matices no ya del caso, sino de la cuestión controvertida, con el consiguiente empobrecimiento del sentido de dicha doctrina”. FERNÁNDEZ URZAINQUI. *El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>929</sup> Repárese que, como ha apuntado la doctrina, “la concurrencia o no de la causa alegada por el empresario está sujeta al más puro arbitrio judicial, al ser resuelta atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. Ahora bien, más allá de la distinción efectuada por el Legislador y ya señalada entre causa económica y causa técnica, organizativa o de producción, esta última distancia ha sido nuevamente acotada por la doctrina judicial, aunque si bien en muchas ocasiones sin mayor trascendencia práctica”. PÉREZ CAMPOS. *La pretendida equiparación entre la extinción por causas objetivas y el despido colectivo a efectos indemnizatorios (comentario a la STSJ País Vasco 23 de septiembre 2003)*, *op. cit.* (versión digital). *Vid.* también nota *supra*.

obtenido un resultado muy distinto. En suma, en tanto que los contornos de lo “jurídico” son tan vaporosos, se evidencia que la tarea encomendada a los órganos jurisdiccionales excede (con mucho) de lo que es propiamente su función jurisdiccional<sup>930</sup>. Si a ello le añadimos extraordinaria complejidad de la realidad económica y productiva y la infinita variedad de situaciones posibles, se obtiene una extraordinaria diversidad de soluciones judiciales, difícilmente catalogables. Lo que, consiguientemente, degenera en un alto nivel de incertidumbre de difícil gestión jurídica y, también, económica. Las reglas compensatorias específicas para los *contratos de fomento de la contratación indefinida* evidencian claramente este problema.

Todo ello no contribuye, como es lógico, a la seguridad jurídica ni tampoco a la del mercado. Lo grave del caso es que el propio sistema normativo o, mejor dicho, sus deficiencias, se están convirtiendo en el incentivo más poderoso para acudir a otras fórmulas resolutorias que, pese a ser – en apariencia – más costosas, resultan más sencillas y seguras (por predecibles). Lo que, sin duda, redundará negativamente en la protección del empleo, pues, dota al sistema de mucha inseguridad o, lo que es peor, reconduce los conflictos hacia situaciones “paralegales”. O, como alternativa, a la postre, está degenerando en la persistente demanda a una reducción del resarcimiento económico en los supuestos de resolución por causa de empresa injustificada.

La visión de conjunto parece evidenciar la existencia de una patología y la necesidad de una reforma legislativa, no tanto centrada en la mejora de la redacción de la norma (aunque no estaría de más que, en la medida de lo posible, se tratara de pulir el supuesto de hecho), sino en atribuir el conocimiento de estos conflictos a otra tipología de órganos más próximos a la naturaleza arbitral o cuasi-arbitral de los problemas que se están dilucidando. En este sentido, podría atribuirse el conocimiento a órganos de composición paritaria o, incluso, a la propia Administración (siempre que quedara al margen la jurisdicción contencioso-administrativa).

En cuanto al papel de la Autoridad Laboral, la cuestión que debe valorarse es la relativa a la (prácticamente) “automática” autorización en caso de acuerdo y, especialmente, desde la perspectiva que nos ocupa, el hecho de que, si hay transacción, la Autoridad Laboral renuncie (*por sistema*) a entrar en el fondo del asunto (esto es, apreciar si concurre o no la excesiva onerosidad sobrevenida alegada).

De las resoluciones analizadas, la ausencia absoluta de fundamentación jurídica en estas resoluciones evidencia esta realidad. La aceptación del acuerdo adoptado por las partes significa

---

<sup>930</sup> Consecuencia lógica, por otra parte, si se tiene en cuenta que, a partir de la reforma de 1994, el juez laboral se ha visto obligado a “pasar de su función tradicional de intérprete y aplicador de una norma preexistente, cual sucede en los conflictos jurídicos propiamente dichos, a una función de componedor y árbitro que, ponderando datos extrajurídicos, ha de resolver auténticos conflictos de intereses”. **BORRAJO DACRUZ**. *Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales*. AL 1996 – I, p. 384 (*vid.* también p. 385). En este sentido, resulta sumamente interesante la exposición relativa a la cuestión de hasta dónde debe llegar la función fiscalizadora del juez expuesta en, **DEL REY GUANTER** y **SERRANO OLIVARES**. *Extinción del contrato y autonomía individual: A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997*. AL 1998 – II, nota 6, p. 345.

respetar con carácter preeminente los intereses individuales concurrentes. O, lo que es lo mismo, relegando a un segundo plano los intereses colectivos (las consecuencias económicas - para los presupuestos generales del Estado y para los de la Seguridad Social - y sociales). De todos modos, en la actuación de la Autoridad Laboral (quizás, en parte, motivada por la ausencia de recursos – técnicos y humanos - suficientes para evaluar pormenorizadamente los motivos alegados – recuérdese que sólo se tienen 15 días para resolver), parece subyacer el siguiente razonamiento: si el acuerdo neutraliza posibles conflictos sociales, debe calificarse como bueno, pues, garantiza la paz social (y, seguramente, garantiza una repercusión política y mediática de baja intensidad). O, dicho de otro modo, existiendo acuerdo, no conviene removerlo demasiado (salvo que la existencia de fraude sea ciertamente manifiesta – lo que es remotamente probable que ocurra).

De todos modos, ésta es una práctica que no podemos generalizar a todo el Estado español, pues, nuestro análisis se ha circunscrito (por razones de proximidad geográfica) al tratamiento de una sola CCAA. En definitiva, debemos asumir la relatividad de nuestras conclusiones. Aunque, eso no obsta que intuyamos que esta realidad tiene escasos visos de ser diferente en otras CCAA.

#### ***a.4.- Resolución de las contrataciones indefinidas para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable.***

El art. 52.e) TRET permite la resolución contractual para determinados contratos indefinidos suscritos por Administraciones Públicas (en adelante, AAPP) u otras entidades sin ánimo de lucro en relación con el desarrollo de planes y programas de carácter público cuya financiación es incierta<sup>931</sup>. Precepto que tiene su origen en la Ley 12/2001, 9 de julio, y que, a su vez, proviene del Decreto-Ley 5/2001, 2 de marzo, que lo regulaba de forma más escueta, circunstancia que fue criticada en la tramitación parlamentaria, provocando su redacción definitiva actual<sup>932</sup>.

Puede afirmarse que se trata de una modalidad de la resolución por ‘causas de empresa’ regulada en los arts. 51 y 52.c) TRET<sup>933</sup>. Es decir, que no es más que una especificidad de los

---

<sup>931</sup> **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*. RL 2002 – I, p. 709.

<sup>932</sup> Un análisis de la tramitación parlamentaria de este precepto en, **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, op. cit. (versión digital). *Vid.* también, **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 375 y 376.

<sup>933</sup> **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, op. cit., p. 709; **SEMPERE NAVARRO**. *Una “Reforma” vigésimosecular. (A propósito del Real Decreto-Ley 5/2001)*. ASoc nº 1, 2001, versión digital (BIB 2001\418); **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 380; y **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de*

riesgos exigidos en dichos preceptos. De hecho, el propio precepto vincula esta norma con lo previsto para estos supuestos resolutorios, dado que en los casos en los que se superen ciertos umbrales numéricos debe seguirse el procedimiento previsto en dicho precepto (párrafo 2º del art. 52.e TREI)<sup>934</sup>.

Ni en la Exposición de Motivos del Decreto-Ley 5/2001 ni de la Ley 12/2001, se establece una exposición de las razones que han impulsado al Legislador a introducir esta nueva modalidad resolutoria. Lo cierto es que el escenario de partida viene definido por la facultad reconocida a los entes públicos de vincularse con personal a través del contrato de trabajo y, especialmente, por el conflicto derivado de la infracciones en que puedan incurrir en relación a los contratos laborales que formalicen, fundamentalmente cuando éstos tengan naturaleza temporal y adolezcan de irregularidades o incurran en fraude de ley<sup>935</sup>. Motivo que, como es sabido, ha llevado a la doctrina jurisprudencial, tras una tortuosa evolución<sup>936</sup>, a distinguir entre el contrato fijo y el contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo<sup>937</sup>.

Situación a la que debe añadirse el reconocimiento de los Tribunales de la legalidad de una relación temporal estructural de obra o servicios vinculados a una financiación pública<sup>938</sup>

---

*lucro contratantes como causa de despido objetivo, op. cit.* (versión digital). Para este autor, se trata de un supuesto incardinable dentro de la lógica de la excesiva onerosidad (aunque luego afirme su estrecha vinculación con la regla *rebus sic stantibus* – en cuanto a las diferencias entre ambas *vid supra*), en el que la desaparición de la consignación presupuestaria externa comporta la desaparición del objeto del contrato. Planteamiento que no puede aceptarse porque la excesiva onerosidad, a diferencia de la imposibilidad objetiva, se caracteriza por el hecho de que el objeto sigue siendo posible, quedando únicamente afectada la causa del contrato. Sin embargo, lo cierto es que se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida de difícil ubicación dogmática, dado que, no sólo puede entenderse como un supuesto de excesiva onerosidad, sino que también podría defenderse que se trata de una imposibilidad objetiva provocada por un *factum principis*. Aunque también es posible que el *factum principis* constituya un supuesto de excesiva onerosidad que no imposibilite la prestación del empresario, pudiendo continuar con sus actividades, pero mellando ostensiblemente en su rentabilidad económica.

<sup>934</sup> Lo que por otra parte, no deja de suscitar cierta preocupación, pues, en tal caso, una Administración es la encargada de resolver una resolución solicitada por otra Administración. **GUNTIÑAS FERNÁNDEZ**. *El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto*. RDS nº 20, 2002, p. 125.

<sup>935</sup> Como se sabe, el conflicto reside en la aplicación de la normativa laboral y, concretamente, de la sanción impuesta al empresario que realiza contratos temporales irregulares o fraudulentos, por un lado, y la normativa constitucional y administrativa que regula el acceso a la función pública a través de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, así como mediante el establecimiento de un procedimiento tasado para el acceso a la condición de trabajador o funcionario, por otro.

<sup>936</sup> *Vid.* sintéticamente al respecto, **BOLTAÍNA BOSCH**. *Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*. ASoc nº 4, 2002, versión digital (BIB 2002\533); y **GARCÍA VIÑA** y **TERRATS PLANELL**. *Comentario a la STSJ Castilla La Mancha 15 de mayo 2001*. ASoc nº 10, 2001, versión digital (BIB 2001\1011).

<sup>937</sup> Entre otras, SSTS 7 de octubre 1996 (RJ 7492); 10 y 30 de diciembre 1996 (RJ 9139 y 9864); 11 y 14 de marzo 1997 (RJ 2312 y 2471); 7 de julio 1997 (RJ 6250); 20 y 21 de enero 1998 (RJ 1000 y 1138); 27 de marzo de 1998 (RJ 3159); 12 de junio 1998 (RJ 5203); 22 de septiembre 1998 (RJ 7423); 5, 13 y 26 de octubre 1998 (RJ 8659, 7809 y 7875); 10 (2) y 18 de noviembre 1998 (RJ 9542, 9543 y 9994); 21 y 28 de diciembre 1998 (RJ 1999\313 y 1999\386); 19 y 26 de junio 1999 (RJ 810 y 1105); 5 de julio 1999 (RJ 6443); 13 y 18 de octubre 1999 (RJ 7493 y 8147); 8 de febrero 2000 (RJ 1744); 29 de mayo 2000 (RJ 4804); y 20 de noviembre 2000 (RJ 2001\1440).

<sup>938</sup> Admitiendo la posibilidad de contratar temporalmente la atención de guardería infantil durante la vendimia - para los hijos de los trabajadores que la realizan (STS 10 diciembre 1999, RJ 9729); o las tareas de auxiliar de ayuda domiciliaria en el marco de un programa municipal de atención a disminuidos (STS 28 de diciembre 1998, RJ 387). No obstante, la STSJ Cataluña 18 de marzo 2002 (AS 1803) declara que no puede aceptarse el recurso al contrato temporal por obra o servicio alegando la existencia de una dependencia presupuestaria, cuando la existencia o no de dotación presupuestaria depende de la propia Administración contratante. Un comentario a dicho pronunciamiento en, **VICENTE PALACIO**. *La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato*

(aunque posteriormente – precisamente, tras la promulgación de la Ley 12/2001 - se haya matizado<sup>939</sup>), o bien, a partir de la doctrina del *factum principis*, admitiendo la extinción del contrato de trabajo - celebrado de conformidad con las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública - como consecuencia de la nulidad de dichas bases declarada por sentencia firme<sup>940</sup>.

Por otra parte, es importante reparar que se ha puesto en duda que las AAPP puedan acudir a la resolución del contrato alegando ‘causas de empresa’. Especialmente cuando, asumiendo que su fin primordial no es la búsqueda de la rentabilidad económica (pues, su misión se centra en el desarrollo de “servicios deficitarios”), sus parámetros de funcionamiento están circunscritos a equilibrios presupuestarios, sujetos inevitablemente a prioridades de carácter esencialmente político<sup>941</sup>. Sin que, por otra parte, como han destacado los comentaristas, la postura de la doctrina de suplicación sea al respecto unánime<sup>942</sup>.

---

*para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios. ASoc nº 11, 2002, versión digital (BIB 2002\1569).*

<sup>939</sup> Según la STS 21 de marzo 2002 (RJ 5990) no se ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal precisando que del carácter anual del plan no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de un concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. Por tanto, siguiendo con la STS 10 de abril 2002 (RJ 6006), “la admisión de la aplicación de esta modalidad contractual [contrato de obra o servicio] en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración. En este sentido la STS 2 de junio 2000 (RJ 6890), cuya doctrina también se remite la STS 30 de abril 2001 (RJ 4613), señala que no deben confundirse las actividades permanentes con las actividades de prestación mínima obligatoria del artículo 26.1 Ley de Bases de Régimen Local, pues las restantes actividades del municipio pueden ser también permanentes, y añade dicha sentencia que para aceptar el límite temporal debe acreditarse que hay un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad”. En términos similares, SSTS 25 de noviembre 2002 (RJ 2003\1922); 7 de julio 2003 (RJ 2004\4953); 22 de marzo 2004 (RJ 2952); y 5 y 31 de mayo 2004 (RJ 4102 y 4894). *Vid.* al respecto en la doctrina, **SEMPERE NAVARRO** y **CARDENAL CARRO**. *Contrato eventual ligado a subvención pública para nueva actividad y sucesivas vinculaciones temporales*. ASoc nº 18, 2004, versión digital (BIB 2004\1574).

<sup>940</sup> “De la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases. Existe una conexión funcional directa entre el procedimiento de concurso de provisión de plazas en la Administración Pública y el contrato de trabajo celebrado a la vista de su resultado, de suerte que no se puede exigir la continuación del contrato si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación. Así, pues, siendo la validez del concurso para la provisión de plazas una circunstancia objetivamente necesaria para el cumplimiento de la finalidad del contrato de trabajo, la extinción de éste puede ser acordada invocando como causa un acto de la autoridad pública, cual es la sentencia firme que declara la nulidad del concurso”. SSTS 10 de marzo 1999 (RJ 2124); 5 octubre 1999 (RJ 7761) y 5 de julio 2000 (RJ 6897). Un análisis de esta doctrina jurisprudencial en, **CASTRO ARGÜELLES** y **GARCÍA MURCIA**. *La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?* ASoc nº 7, 2000, versión digital (BIB 2000\513).

<sup>941</sup> En contra del reconocimiento de esta facultad resolutoria, **GUNTIÑAS FERNÁNDEZ**. *El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto*, *op. cit.*, p. 126; y **ARCE**. *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos*. Comares. Granada, 1997, p. 109 a 112. A favor, **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, *op. cit.*, p. 713 y 714; y **BOLTAÍNA BOSCH**. *Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>942</sup> Mientras que algunos pronunciamientos abogan por rechazar la posibilidad de acudir a las resoluciones previstas en los arts. 51 y 52.c) TRET, pues, tales vicisitudes difícilmente pueden predicarse de una Administración Pública, en el sentido de que pueda tener problemas de supervivencia o de viabilidad futura (SSTSJ Andalucía/Málaga 10 de abril 1996, AS 1578; y Comunidad Valenciana 26 de septiembre 1997, AS 3019). Otros la admiten, argumentando – sintéticamente - que dado que la Administración, en tanto que empleadora en base al régimen laboral y sujeta a las

A partir de este escenario, puede identificarse una *cierta* unanimidad doctrinal respecto del fin perseguido con la reforma de 2001. Se ha destacado que se trata de una “norma creada por y para la Administración, actuando como Legislador y parte en la relación laboral objeto de regulación”, suponiendo un “nuevo acicate al status privilegiado de la Administración en el derecho social”<sup>943</sup>. GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER sostienen que se trata de un “intento de dar respuesta a las necesidades de adaptar la plantilla a las fluctuaciones derivadas bien de la incertidumbre de la financiación, bien de las variaciones de los ‘encargos’ realizados a la empresa por sus clientes”. Circunstancia que, si bien no es novedosa, pues, se reconducía a los supuestos los arts. 51 y 52.c) TRET, introduce una novedad sustancial, pues, se presume (*iuris et de iure*) que la falta de consignación presupuestaria es suficiente para justificar la resolución contractual<sup>944</sup>. No obstante, también se han identificado otros objetivos concurrentes. Para ALARCÓN CARACUEL, se trata de una medida que trata de incentivar la celebración de contratos indefinidos para aquellos entes públicos y entidades sin ánimo de lucro que, dedicadas a la realización de planes y programas públicos que persisten a lo largo de los años, pero cuya financiación depende de la correspondiente consignación presupuestaria y optan por la celebración de contratos temporales, ahora tiene abierta una vía resolutoria<sup>945</sup>. VICENTE PALACIO ha destacado la naturaleza pedagógica de dicha norma con respecto a la doctrina jurisprudencial y judicial que admite la naturaleza temporal de las relaciones de trabajo vinculadas a consignaciones presupuestarias o a la existencia de subvenciones<sup>946</sup>.

Ahora bien, siguiendo con GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER, el automatismo que se deriva de la positivización de esta presunción, ha tratado de ser modalizado con la

---

normas de Derecho laboral, nada impide que acudan a las fórmulas resolutorias que prevé el TRET (entre otras, SSTSJ Aragón 8 de mayo 1999, AS 1438; Cataluña 16 de diciembre 2003, AS 2004\320; y 14 de octubre 2004, AS 3426; y Aragón 30 de septiembre 2004, JUR 2005\24345). *Vid.* al respecto en la doctrina, GUNTIÑAS FERNÁNDEZ. *El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto*, op. cit., p. 125 y 126; y BENLLOCH SANZ. *Notas acerca de la utilización del despido objetivo por una Administración Pública*. ASoc n° 16, 2001, versión digital (BIB 2001\1571).

<sup>943</sup> GUNTIÑAS FERNÁNDEZ. *El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto*, op. cit., p. 127. En términos similares, CAÑAL RUIZ y RUBIO DE MEDINA. *El Estado como mayor beneficiario de la reforma laboral*. ASoc n° 6, 2001, versión digital (BIB 2001\729).

<sup>944</sup> SEMPERE NAVARRO. *Una “Reforma” vigésimosecular. (A propósito del Real Decreto-Ley 5/2001)*, op. cit. (versión digital). En términos similares, GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, op. cit., p. 709 y 710; GUNTIÑAS FERNÁNDEZ. *El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto*, op. cit., p. 127; y ARIAS DOMÍNGUEZ. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, op. cit. (versión digital).

<sup>945</sup> ALARCÓN CARACUEL. *Reflexión crítica sobre la Reforma Laboral del 2001*, op. cit. En términos similares, ALEMÁN PÁEZ. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 380.

<sup>946</sup> VICENTE PALACIO. *La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios*, op. cit. (versión digital). De hecho, de los escasos pronunciamientos existentes al respecto, un número considerable de ellos acuden al art. 52.e) TRET para poner de manifiesto que la vinculación a una subvención no es un elemento suficiente para entender la existencia de una causa de temporalidad. Por ejemplo, SSTS 31 de mayo 2004 (RJ 4894); 21 de marzo 2002 (RJ 5990); 25 de noviembre 2002 (RJ 2003\1922); STSJ Comunidad Valenciana 15 de julio y 21 de abril 2005 (AS 2411 y 1410); Castilla La Mancha 13 de mayo y 10 de marzo 2005 (AS 1086 y 600); Extremadura 11 de junio 2004 (AS 1714); Galicia 28 de febrero 2003 (AS 2179).

descripción restrictiva del supuesto de hecho de la norma. En concreto, las previsiones de la norma “no se sitúan en el terreno general del déficit de financiación o de la pérdida de encargos y/o clientes (...) sino en uno mucho más concreto: su funcionamiento supone, además, el protagonismo de una Administración Pública que desarrolla, directamente o en régimen de gestión indirecta, un plan o programa de carácter público. En otro caso, el art. 52.e) TRET deja de ser aplicable y serán, en su caso, de aplicación las más generales normas de los arts. 51 y 52.c) TRET”<sup>947</sup>.

Aunque la doctrina no es pacífica al respecto, pues, a partir de 2001, se ha cuestionado si las opciones resolutorias de las AAPP por excesiva onerosidad quedan circunscritas a los supuestos descritos en el art. 52.e) TRET, positivizándose el único supuesto en el podían solicitar la resolución por tales motivos; o bien, debe entenderse que sólo se refiere a un supuesto específico, sin que se pueda desprenderse que tienen vedado el acceso a las otras vías resolutorias previstas en los arts. 51 y 52.c) TRET. Opción ésta última que parece la más acorde con la redacción definitiva del art. 52.e) TRET, especialmente, cuando el párrafo segundo del citado precepto hace mención expresa al procedimiento previsto en el art. 51 TRET, sin que, por otra parte, pueda interpretarse la naturaleza excluyente del párrafo e) del art. 52 TRET. Lo que, paralelamente también desemboca en el reconocimiento a las AAPP de las opciones resolutorias reguladas en los arts. 51 y 52.c) TRET<sup>948</sup>.

Llegados a esta estadio, se está en disposición de delimitar el supuesto de hecho de la norma. Tarea, en absoluto, exenta de dificultades. El párrafo e) del art. 52 TRET está configurado a partir de tres parámetros fundamentales<sup>949</sup>: primero, en cuanto al elemento subjetivo, es aplicable a los “contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones Públicas o por entidades sin ánimo de lucro”. Segundo, deben ser “contratos para la ejecución de planes y programas públicos determinados sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, consecuencia (sic) de ingresos externos de carácter finalista”. Y, finalmente, la causa de la resolución reside en la “insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”. A continuación se exponen estos aspectos detalladamente.

1.- En cuanto al *elemento subjetivo*, la redacción actual del precepto ha restringido sustancialmente el ámbito de aplicación con respecto a lo previsto en el Decreto-Ley 5/2001, pasándose de una figura del empleador universal a ceñirse a las AAPP y las Entidades sin

---

<sup>947</sup> GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio, op. cit.*, p. 710.

<sup>948</sup> GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio, op. cit.*, p. 714 y 715.

<sup>949</sup> ALEMÁN PÁEZ. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales, op. cit.*, p. 375.



ánimo de lucro<sup>950</sup>. Si bien no se plantean interrogantes respecto al concepto de AAPP, integrándose una amplia cobertura de empleadores (entidades integrantes del sector público estatal)<sup>951</sup>, se plantean mayores problemas respecto a la delimitación de lo que debe entenderse por “entidades sin ánimo de lucro”, especialmente, porque, se afirma, no hay una concreción meridianamente clara en el ordenamiento jurídico español de lo que debe entenderse por dichas entidades<sup>952</sup>. Sin que la doctrina sea unánime en cuanto a la extensión de dicho concepto<sup>953</sup>. Teniendo presente, como afirma un sector de la doctrina que, la referencia a los “ingresos externos”, a la hora de describir las características que describen la financiación de estos planes y programas públicos, “presupone necesariamente una relación triangular en la que no sólo existe un trabajador y un empresario, sino también una entidad que financia el programa que éste ejecuta”<sup>954</sup>. Lo que, sin duda, contribuye a restringir el supuesto de hecho de la norma, neutralizando, consiguientemente, este privilegio otorgado a la Administración. En esta línea, también se ha afirmado que la alusión a la contratación “directa”, *ex art. 52.e) TRET*, excluye la posibilidad de que empresas privadas beneficiarias de subvenciones públicas puedan ampararse en esta causa resolutoria<sup>955</sup>.

Por otra parte, este motivo resolutorio únicamente es aplicable respecto de los contratos por tiempo indefinido<sup>956</sup>. No obstante, la doctrina ha destacado que también cabe

---

<sup>950</sup> Como ha destacado la doctrina, quedan excluidas de la posibilidad de acogerse a esta modalidad extintiva “aquellas entidades privadas que realicen la ejecución (probablemente amparada bajo alguna forma contractual civil, mercantil, o incluso administrativa) de los referidos programas públicos y contratasen personal laboral para la realización del mismo”. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>951</sup> *Vid.* al respecto, en términos muy amplios, **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, *op. cit.* (versión digital). Un análisis de la tipología de entidades circunscribibles en dicho concepto en, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*. TL nº 61, 2001, p. 241 a 245; y **BOLTAJNA BOSCH**. *La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias*. TL nº 65, 2002, p. 90 a 92.

<sup>952</sup> **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 377.

<sup>953</sup> Para **ALEMÁN PÁEZ**, a partir de una exégesis teleológica y restrictiva, puesto que se trata de entidades que institucionalmente no son delimitadas con suficiente claridad, el precepto se está refiriendo a sujetos encuadrados dentro de los programas públicos de empleo, personificados en los SIPES, Talleres de Empleo o, incluso, en los Fondos de Promoción de Empleo. **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 378. En cambio, para **ARIAS DOMÍNGUEZ** “no es la forma jurídica de la entidad, sino la ausencia de ánimo de lucro de la misma, debiendo abogarse por una interpretación amplia que incluya en el ámbito aplicativo de la norma todas aquellas entidades (con forma jurídica reglada o sin ella) que, pudiendo contratar trabajadores a su servicio en régimen aboral, carezcan efectivamente de ánimo de lucro en sus fines estructurales”. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, *op. cit.* (versión digital). **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER** abogan también por una interpretación extensiva de dicha expresión, entendiéndola que, “con independencia de la forma jurídica que adopten”, lo único que debe exigirse es que el “lucro no entre dentro de sus finalidades”. **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, *op. cit.*, p. 712. Abogando también por una interpretación amplia al respecto, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*, *op. cit.*, p. 244 y 245.

<sup>954</sup> **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, *op. cit.*, p. 711.

<sup>955</sup> **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 377.

<sup>956</sup> Como afirma **GORELLI HERNÁNDEZ** es paradójico que sólo se refiera a los contratos indefinidos, pues, al tratarse de contratos vinculados a programas sin dotación económica estable, lo lógico es acudir a la contratación

extender su aplicación a los supuestos de contratos temporales en los que no se hubiera expresado la causa de la temporalidad, o bien, en aquellos otros en los que la misma no concurra efectivamente<sup>957</sup>. Criterio que no compartimos a fin de reconducir todos ellos a los arts. 51 y 52.c TRET

2.- Como se ha anunciado, la aplicación del precepto sólo es posible respecto de los contratos de trabajo que ejecuten “planes y programas públicos determinados sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”<sup>958</sup>. Con respecto a la redacción original, se ha pretendido evitar la identificación de la inestabilidad con la anualidad típica de los presupuestos, pues ello hubiera posibilitado el recurso a esta modalidad resolutoria en cualquier supuesto de reducción presupuestaria que afectara a un programa o plan público<sup>959</sup>. Lo trascendente, por tanto, es que tales programas carezcan de “dotación económica estable”. Se trata de un “requisito de naturaleza instrumental y caracterizadora, ya que la extinción se genera en base a un presupuesto previo de afectación económica”<sup>960</sup>. Es decir, la inestabilidad no debe predicarse del programa o del plan público,

---

temporal (especialmente, si se tiene presente que la doctrina jurisprudencial califica como una causa de temporalidad las actividades que dependiendo de una renovación de los presupuestos no se establezcan las cantidades para su puesta en marcha). Ante esta situación, cabe pensar que el Legislador haya optado por fomentar este tipo de contratación, o bien, sea una norma que esté previendo un posible cambio en la orientación jurisprudencial. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*, op. cit., p. 264 y 265. Compartiendo este criterio, **BOLTAINA BOSCH**. *La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias*, op. cit., p. 76 y 77. Autor, éste último que añade que con esta reforma además se pretende facilitar el recurso a la resolución contractual de las AAPP. En este sentido, parece que la promulgación de la Ley 43/2006 de Mejora del Crecimiento y del Empleo y la nueva redacción del art. 15.5 TRET ha abierto el juego de operatividad de este precepto.

<sup>957</sup> **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 376 y 377. *Vid.* también, **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, op. cit. (versión digital). En contra, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*, op. cit., p. 265 y 266. Otro sector hace una distinción entre los contratos temporales inicialmente ilegales y los sobrevenidamente ilegales. Los primeros entrarían dentro del ámbito de aplicación del precepto y no así los segundos. **CAVAS MARTÍNEZ** y **CARDENAL CARRO**. *Contratación y modalidades contractuales*. En “La reforma laboral de 2001. Análisis del Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo” (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2001, p. 95 y 96; y **BOLTAINA BOSCH**. *La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias*, op. cit., p. 87.

<sup>958</sup> *A contrario sensu*, esta causa de resolución no puede emplearse en los supuestos en los que el contrato no tenga nada que ver con el desarrollo de tales programas. Debiéndose entender que si el trabajador además de realizar las actividades propias de tales programas desarrolla otras, no puede acudirse a este supuesto resolutorio. **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*, op. cit., p. 264.

<sup>959</sup> **GOERLICH PESET** y **BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, op. cit., p. 710. Extremo que se aprecia, como apuntan los autores citados, en primer lugar, porque se admite que la financiación resulte extrapresupuestaria; y, en segundo lugar, porque el carácter inestable de la financiación debe resultar de la “existencia de ingresos externos de carácter finalista” (p. 711).

<sup>960</sup> **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 378. Se trata, no obstante, de una previsión compleja, dado que pretende englobar a una realidad sumamente diversificada. Debe tratarse, en principio, de una consignación presupuestaria, pero si no es así, lo relevante no es el carácter de la consignación, sino precisamente la naturaleza “externa y finalista de los ingresos”. Por otra parte, la expresión “extrapresupuestaria” se estaría refiriendo a una noción análoga a los ‘anticipos de créditos’, vista su previsión fuera del presupuesto”. **ALEMÁN PÁEZ**, op. cit., p. 378. *Vid.* al respecto también, **BOLTAINA BOSCH**. *La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias*, op. cit., p. 94 a 97.

sino de la dotación económica<sup>961</sup>. Por otra parte, debe existir una relación finalística entre el contrato afectado y el plan o programa público, como se desprende de la redacción del precepto al emplear el adjetivo “determinados”<sup>962</sup>.

3.- Finalmente, debe evaluarse en qué momento puede entenderse que concurre la causa extintiva. De la literalidad de la norma podría interpretarse que la causa se actualiza sólo cuando se toma la decisión de poner fin a la financiación o bien cuando se aminora su cuantía<sup>963</sup>, de tal modo que la resolución del contrato acontece cuando el plan o programa público deja de ser sostenido con fondos públicos y no cuando, permaneciendo su financiación, la entidad correspondiente no accede a la misma. Sin embargo, siguiendo a GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER, cabría entender que el desequilibrio también concurre en los supuestos en los que la consignación del programa no ha desaparecido ni reducido, como sucedería si la misma consignación se reparte en un número mayor de entidades o bien, se asignara a otras entidades<sup>964</sup>. En cualquier caso, debe destacarse que “la falta o insuficiencia de financiación se configura como una causa suficiente en sí para legitimar el despido por motivo conexo al funcionamiento de la organización productiva”<sup>965</sup>.

- Para concluir, puede afirmarse que el contenido del apartado e) del art. 52 TRET, no es más que una especificidad del nivel de riesgo exigido para resolver el contrato por excesiva onerosidad cuando se vean afectadas alguna de las ‘causas de empresa’. Sin embargo, esta especificidad se ha configurado, precisamente, para rebajar el nivel de riesgo, facilitando la facultad resolutoria de las AAPP. Lo que redundaría en perjuicio de la estabilidad en el empleo.

Desde esta perspectiva, entendemos que, a fin de paliar esta situación, al tratarse de una medida privilegiada (otorgada a un “operador” del mercado de trabajo que, por su naturaleza, ya tiene un tratamiento especial), los diversos conflictos interpretativos suscitados por la norma deben evaluarse restrictivamente.

---

<sup>961</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ.** *La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo*, op. cit. (versión digital).

<sup>962</sup> **GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER.** *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, op. cit., p. 712. Sin que, por otra parte, como señalan los citados autores, parezca que deba extraerse alguna repercusión de tipo formal, esto es, no es preciso que en el contrato se mencione expresamente su afectación a la ejecución del proyecto o plan concreto (p. 713).

<sup>963</sup> **ALEMÁN PÁEZ.** *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 379. No basta por tanto una mera “reducción”, sino que es exigible que haya una “insuficiencia” que implique como consecuencia lógica la imposibilidad de mantener el o los contratos fijos. **GORELLI HERNÁNDEZ.** *El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001*, op. cit., p. 268.

<sup>964</sup> **GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER.** *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, op. cit., p. 711. No obstante, para la STSJ Galicia 6 de octubre 2005 (AS 2006\171) la reducción de la consignación presupuestaria no es suficiente para justificar la resolución contractual ex art. 52.e) TRET.

<sup>965</sup> **MONEREO PÉREZ.** *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, op. cit., p. 93.

***b.- Elementos procedimentales de la resolución por excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’ como garantía del empleo.***

La posibilidad de resolver el contrato por causas de empresa, pese a pretender dar continuidad al proyecto empresarial y con él, la de los contratos de trabajo a ella vinculados está configurada de un modo restrictivo. Planteamiento que ha derivado en la configuración de un estatuto protector articulado entorno a tres elementos. En el epígrafe a) que precede, hemos analizado el elemento que hace referencia al desequilibrio contractual exigido para resolver el contrato justificadamente. A continuación, analizaremos la protección derivada de la exigencia de ciertos requisitos de procedimiento.

El ordenamiento jurídico articula dos modos de canalización de las resoluciones contractuales, bautizados por la doctrina como: individual/plural menor (art. 52.c); y colectivo (art. 51)<sup>966</sup>; y en los que el *factor numérico* se “alza en el elemento formal condicionante”<sup>967</sup>, encauzando cada una de las opciones procedimentales. Factor que viene definido por tres parámetros: los trabajadores afectados por la medida empresarial, la dimensión de la plantilla de la empresa y el período temporal en el que todo ello acontece.

Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, las diferencias entre los arts. 51 y 52.c) TRET son significativas, pues (más allá de las diferencias en lo relativo al desequilibrio contractual exigido para los supuestos de disminución de la eficiencia), como se sabe, describen diversas garantías procedimentales de desigual intensidad y un reparto de los costes por la pérdida del empleo claramente diferenciado. Concretamente, el art. 51 TRET dibuja un espacio de negociación obligatorio entre el empresario y los representantes de los trabajadores y, además, la medida resolutoria (si no hubiera acuerdo) o, en su caso, el acuerdo convencional, están supeditados a la autorización previa de la Administración. Mientras que, en cambio, en el supuesto del art. 52.c) TRET basta con la mera voluntad del empresario formulada por escrito (debidamente justificada), comunicando el cese al trabajador con una determinada antelación y poniendo a su disposición la indemnización legal establecida al efecto<sup>968</sup>. En cuanto al reparto de los costes, frente a la mera puesta a disposición de una compensación económica, para el caso de que se acuda al art. 52.c) TRET, en el art. 51 TRET se erige un complejo sistema de

---

<sup>966</sup> Terminología empleada por DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 174.

<sup>967</sup> GARRIDO PÉREZ. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996, p. 80.

<sup>968</sup> La doctrina ha estimado que la reforma de 1994 constituye un “factor autónomo de incentivación a las empresas para desarrollar su nivel ocupacional en niveles reducidos, en tanto que es en los mismos donde se manifiesta de forma más contundente la flexibilización operada por la reforma en el sentido de reducir los límites al ejercicio de los poderes empresariales modificativos y extintivos”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 190.

financiación de los costes que no sólo pretende compensar económicamente al trabajador afectado, sino que trata de mitigar los efectos de la resolución facilitando el tránsito hacia otro empleo o bien hacia una prestación de la Seguridad Social.

En el fondo, los diversos procedimientos resolutorios previstos en la Ley describen una determinada concepción socialmente aceptada de la estabilidad en el empleo, o desde otra perspectiva, delimitan el mecanismo que la sociedad ha estimado más idóneo para gestionar este riesgo, convirtiéndose en un mecanismo preventivo sumamente interesante. En definitiva, nos informa del modo cómo la sociedad española cuantifica la intensidad con la que se quiere permitir el acaecimiento de una contingencia.

Todo ello es ilustrativo del alto grado de implicación de estos elementos procedimentales y compensatorios en la configuración de la estabilidad en el empleo. Por este motivo, aunque sin voluntad de reiterar un aspecto que ha sido suficientemente tratado por la doctrina, a continuación, se apuntarán los aspectos más importantes de su tratamiento jurídico; o, al menos, los que mayor incidencia tienen en la articulación de un determinado modelo de estabilidad en el empleo. Dejándose para la *Segunda Parte* de este trabajo, las repercusiones de este modelo en la prevención del riesgo desde la perspectiva de la *eficiencia* del ordenamiento jurídico. Con carácter previo, se procede al estudio de los parámetros que permiten calificar un cese como individual o plural (art. 52.c TRET) o como colectivo (art. 51 TRET) y, por tanto, los factores que *predeterminan* el nivel de protección formal que debe exigirse a cada supuesto resolutorio.

### ***b.1.- Delimitación del ámbito de aplicación de los arts. 51 y 52.c) TRET.***

El análisis de la canalización procedimental de los dos modelos de reestructuración del personal bascula alrededor de una premisa previa, una “*ratio* afectados/efectivos”<sup>969</sup>, obtenida a partir de unos parámetros cuantitativos (i.-) y temporales (ii.-). Vectores que, en definitiva, junto a la excesiva onerosidad vinculada a las ‘causas de empresa’, describen el ámbito de aplicación del cese colectivo, *ex* art. 51 TRET, o bien, del individual o plural, *ex* 52.c TRET. Conviene tener presente que el ámbito de aplicación del art. 52.c) TRET se define de forma negativa, dado que sólo debe aplicarse cuando no se alcancen los umbrales previstos en el art. 51.1 TRET.

---

<sup>969</sup> GARRIDO PÉREZ. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, *op. cit.*, p. 98.

### *i.- El número de trabajadores afectados y los efectivos de la empresa.*

La delimitación precisa del umbral mínimo de *afectados* y de *efectivos* resulta sumamente importante dado que todo el modelo resolutorio por excesiva onerosidad por causas de empresa bascula sobre este aspecto. Concretamente, debe acudir al régimen previsto en el art. 51 TRET, si la resolución afecta al menos a: 1.) 10 trabajadores, en empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; 2.) el 10% de los trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores; o 3.) 30 o más trabajadores en las empresas que ocupen a más de 300 trabajadores. Por debajo de estos umbrales cuantitativos deberá procederse conforme al art. 52.c TRET<sup>970</sup>.

En cuanto a la determinación de los *efectivos* de la plantilla, deben computarse los trabajadores real y efectivamente ocupados en la *empresa*<sup>971</sup> en el momento inmediatamente anterior a la comunicación de los representantes de los trabajadores<sup>972</sup>. Esto es, el cómputo

---

<sup>970</sup> El art. 51 TRET, siguiendo a NAVARRO NIETO, es aplicable incluso en aquellos supuestos en los que finalmente no superan en sus resoluciones efectivas los umbrales, bien porque así se haya previsto en el acuerdo alcanzado o bien se haya decidido por la Autoridad Laboral; bien, porque sencillamente, autorizada la propuesta, el empresario no decidiera proceder a la totalidad de las resoluciones autorizadas. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 98; y, citando la STS 17 de junio 1998 (RJ 5406), relativa a un conflicto colectivo motivado por una modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva, NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., nota 4, p. 47. En contra, como recoge el propio autor, GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 392 y 404. Vid. también, PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, op. cit., p. 34.

<sup>971</sup> El volumen de empleo no se computa en cada centro de trabajo, sino en el conjunto de ellos que conforma la empresa, debiéndose excluir los grupos de empresa. GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, op. cit., p. 121; MONTALVO CORREA. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, op. cit., p. 347; MOLERO MANGLANO. *La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores a la luz de su primer tratamiento judicial*, op. cit., p. 453; NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 59 a 62; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 35. En la doctrina judicial, STSJ Castilla y León 25 de octubre 2004 (AS 3165).

En cambio, en lo que constituye un posicionamiento minoritario, GARRIDO PÉREZ es partidaria de que la dimensión empresarial varíe en función de donde se concentren los trabajadores afectados, admitiendo un doble ámbito de imputación de los umbrales numéricos en función de si las resoluciones afectaran exclusivamente al centro como unidad organizativa autónoma o bien a la empresa en su totalidad. GARRIDO PÉREZ. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, op. cit., p. 102. vid. también aunque mostrando ciertas dudas, MARTÍNEZ EMPERADOR. *Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*, op. cit., p.362.

<sup>972</sup> A la hora de precisar el número de trabajadores la Ley no hace distinción alguna en lo concerniente al tipo de contrato, por lo que deben contabilizarse todos los trabajadores, con independencia de su duración, de su carácter parcial o a tiempo completo o de su carácter común o especial. Sin que las alteraciones posibles de la plantilla durante el trámite administrativo y consultivo, puedan tener influencia procedimental. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 372 y 373; NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 99 y 102; DURÉNDEZ SÁEZ. *El despido objetivo por crisis*, op. cit., p. 162; GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, op. cit., p. 121; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 35 y 36; NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 55, 56 y 162; MOLERO MANGLANO. *La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores a la luz de su primer tratamiento judicial*, op. cit., p. 453; MONTALVO CORREA. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, op. cit., p. 347; VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 406; y DEL REY GUANTER. *Los despidos por "causas empresariales" y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 189. En contra, PRADOS DE REYES entiende que sólo deben computarse, los trabajadores con contrato indefinido (excluyendo los temporales). PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos*, op. cit., p. 231; y MARTÍNEZ EMPERADOR. *Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*, op. cit., p. 362. Y MORENO MANGLANO (analizando el contenido de la Directiva 75/129/CEE, 17 de

debe realizarse “al tiempo de iniciar las actuaciones conducentes a la adopción de las medidas de reorganización productiva”<sup>973</sup>.

En cuanto a los trabajadores *afectados*, la ley trata de prevenir los intentos fraudulentos de dispersar las resoluciones en el tiempo mediante el art. 51.1.4º TRET<sup>974</sup>. Precepto que bascula fundamentalmente sobre cuatro parámetros. Concretamente, se incluyen, primero, todas aquellas extinciones contractuales motivadas por “*motivos no inherentes*” a la persona del trabajador y que sean “*por iniciativa del empresario*” (salvo – añade – los contratos sometidos a término, *ex art. 49.1.c TRET*). Y, finalmente, se establece un parámetro cuantitativo y otro temporal. Elementos que no están exentos de polémica.

Como punto de partida, según el Diccionario de la Real Academia Española el término “inherente”, es una cualidad que se refiere a “que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello”. Sin embargo, la precisión de este (encriptado) precepto requiere, como paso previo, un ejercicio de contextualización jurídica, a partir de la escasa información que ofrece el precepto. A nuestro juicio, y sin entrar – por el momento – en el sentido de la expresión “a iniciativa del empresario”, la referencia a la extinción del contrato por cumplimiento del término (esto es, al art. 49.1.c TRET), da a entender que el párrafo 4º art. 51.1 TRET se refiere a supuestos de ineficacia contractual sobrevenida. Aunque no se haga con la debida precisión, pues, no sólo debería haber hecho referencia al “término” sino también a la “condición”.

Por otra parte, conforme a la exposición que se ha mantenido hasta ahora, y teniendo en cuenta los términos empleados por la legislación laboral a lo largo de la historia y, en concreto, por la LCT<sup>31</sup> y la LJM<sup>31</sup> y por la doctrina, la expresión “*motivos inherentes*” a la persona del trabajador debe entenderse referido a todas aquellas extinciones contractuales que traigan causa en un comportamiento imputable al trabajador. Por consiguiente, a los efectos del párrafo 4º art. 51.1 TRET no deben entenderse comprendidas las resoluciones del contrato motivada por incumplimiento grave y culpable del trabajador.

---

febrero, vigente el ET<sup>80</sup>) aboga por la adopción de una postura intermedia, computando los trabajadores fijos junto con una cifra promedio de los que estuvieran contratados bajo cualquier otra fórmula. **MOLERO MANGLANO**. *Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I a III)*, *op. cit.*, p. 533. Por otra parte, como expone NORES TORRES – que cita a MONTALVO CORREA – los trabajadores puestos a disposición no pasan a engrosar la lista de ocupados por la usuaria a efectos del cómputo de efectivos de la empresa. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 57.

<sup>973</sup> **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>974</sup> Sin embargo, la doctrina ha entendido que el Legislador, con el fin de demostrar el talante liberalizador de la norma, ha sido cauteloso a la hora de definir el fraude. Afirmación sustentada en base a tres argumentos. En primer lugar, porque reduce los supuestos fraudulentos a la extinción del contrato por causas objetivas y no a todas (sólo “cuando existe la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por algunas de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo”). En segundo lugar, porque existiendo nuevas causas, no se tratará de resoluciones acumulables. Y, en tercer lugar, porque no existe una presunción de culpabilidad del empresario. **SERRANO CARVAJAL**. *El despido de colectivos mayores: procedimiento y efectos*, *op. cit.*, p. 217.

A *sensu contrario*, los “*motivos no inherentes*”, en principio, parece que se están refiriendo a los supuestos de ineficacia sobrevenida inimputables del trabajador. Como se sabe, los supuestos de ineficacia contractual inimputables del trabajador son la excesiva onerosidad, la imposibilidad objetiva y resolución por incumplimiento del empresario. A partir de aquí y teniendo en cuenta la expresión “a iniciativa del empresario”, es posible delimitar los contornos del párrafo 4º art. 51.1 TRET.

La dicción “a iniciativa del empresario” resulta – sin duda – muy confusa, aunque, como se observará, contribuye activamente a depurar el sentido del precepto. De las diversas acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia Española respecto del término “iniciativa”<sup>975</sup>, a nuestro entender, debe entenderse en el sentido de que “da principio a algo” (y no meramente como “acto de ejercerlo”<sup>976</sup>). Por tanto, el término “iniciativa” debe entenderse en el sentido de “decisión”.

Si queremos ser coherentes con las consecuencias derivadas de nuestros planteamientos, no cabe duda que la expresión “motivos no inherentes”, se refiere a cualquier supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida. Además, en estos casos, es palmario que la decisión proviene del propio empresario. Por consiguiente, de la literalidad de la norma se desprende que se refiere a (todos) los supuestos resolutorios descritos en el art. 52 TRET<sup>977</sup> - que, como se analizará, todos pueden calificarse dogmáticamente como un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

En cuanto a la posibilidad de que también se computen las resoluciones por un hecho obstativo inimputable sobrevenido, debe descartarse porque, en puridad, la decisión no corresponde a ninguno de los contratantes, dado que si sobrevenidamente concurre un hecho imposibilitante, debe entenderse que el objeto del contrato ya no es exigible, y la cuestión de la “iniciativa” de la resolución queda relegada a un segundo plano<sup>978</sup>.

En lo relativo a los supuestos de resolución contractual por incumplimiento empresarial debe hacerse una distinción, atendiendo al parámetro de la “iniciativa”. Si se trata

---

<sup>975</sup> “1. adj. Que da principio a algo; 2. f. Derecho de hacer una propuesta; 3. f. Acto de ejercerlo; 4. f. Acción de adelantarse a los demás en hablar u obrar; 5. f. Cualidad personal que inclina a esta acción; 6. f. Procedimiento establecido en algunas constituciones políticas, mediante el cual interviene directamente el pueblo en la propuesta y adopción de medidas legislativas; como sucede en Suiza y en algunos Estados de Norteamérica”.

<sup>976</sup> Abogando por esta interpretación literal del precepto, **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>977</sup> A la misma conclusión llega **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 272.

<sup>978</sup> No puede aceptarse, por tanto, que el término “motivos no inherentes” excluya aquellos supuestos en los que “se ha valorado de algún modo comportamientos o circunstancias personales del trabajador en relación con la prestación laboral”, esto es, “ineptitud, falta de adaptación o excesiva morbilidad”. **GARRIDO PÉREZ**. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, *op. cit.*, p. 90, 91 y 110; y **GOERLICH PESET**. *La extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 93. Para **NAVARRO NIETO** “la referencia a extinciones por iniciativa empresarial no debe interpretarse en sentido técnico-jurídico, esto es, referida a una resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, puesto que de ser así estaría fuera de lugar la mención a la extinción de los contratos a término”. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 106.



de un despido disciplinario declarado improcedente (en conciliación o judicialmente), debe entenderse computable, pues, se trata de un supuesto de ineficacia sobrevenida inimputable del trabajador a instancia del empresario. En cambio, si se trata de un supuesto de resolución contractual *ex art. 50.1 TRET*, no es subsumible en el art. 51.1.4º TRET, porque aunque también se trate de un supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato por motivos no inherentes al trabajador (motivada por el incumplimiento del empresario), la iniciativa (y la decisión) corresponde exclusivamente al trabajador<sup>979</sup>.

Finalmente, cabe hacer mención a dos supuestos. La resolución del contrato por mutuo disenso y la extinción por cumplimiento del contrato (término y condición). Respecto del mutuo disenso, a pesar de tratarse de un supuesto de ineficacia sobrevenida, difícilmente puede aceptarse que la decisión sea exclusiva del empresario. Tampoco debe desvirtuar esta afirmación el hecho de que el empresario incentive el acuerdo, pues, precisamente se trata de un juego transaccional que el TRET sólo limita si concurre un abuso de derecho manifiesto<sup>980</sup>. Lo que a nadie le escapa que ésta es una de las “vías de escape” más amenazantes para la eficiencia del sistema de intervención previa. Problema cuya gravedad se incrementa desde el instante que, a pesar de que normalmente se acompañan de compensaciones económicas superiores a las legalmente previstas, la ausencia de toda previsión de un plan de acompañamiento social o de convenios especiales, se traduce en la imputación de la mayor parte de los costes derivados de la pérdida del empleo a la sociedad y al propio trabajador.

La condición y el término son supuestos que describen el cumplimiento del contrato<sup>981</sup>. Por lo que podría entenderse que la norma incurre en una reiteración innecesaria, dado que el término *per se* no podría calificarse como un supuesto de extinción por “*motivos no inherentes*” a la persona del trabajador, porque no es un supuesto de ineficacia sobrevenida. Aunque, dada la parquedad del precepto, se agradece la mención, dado que al explicitarse este modo extintivo, permite ceñir el ámbito del precepto a los supuestos de ineficacia sobrevenida<sup>982</sup>.

---

<sup>979</sup> Afirmación que debe hacerse extensible a los supuestos resolutorios previstos en los arts. 40.1.4º y 41.3.2º TRET.

<sup>980</sup> Arts. 49.1.a) y b) TRET. En términos similares, **GONZÁLEZ VELASCO** y **VIVES USANO**. *Jubilación anticipada involuntaria* y ERE. RTSS – CEF nº 287, 2007, p. 227.

<sup>981</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>982</sup> La doctrina, no obstante, parece defender otros criterios. Por ejemplo, para SENRA BIEDMA la expresión “*motivos no inherentes a la persona del trabajador*” debe entenderse como “*motivos no inherentes a la voluntad del trabajador*”. **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 270. Otros autores entienden que el art. 51.1.4º TRET se refiere a la extinción por mutuo disenso (a iniciativa del empresario), la extinción por cumplimiento de la condición resolutoria (no basada en un motivo no inherente a la persona del trabajador y la denuncia proceda del empresario) y el supuesto del art. 52.c) TRET. **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 410 y 411. Por otra parte, un sector de la doctrina, apartándose de la literalidad de la norma, y con una clara finalidad tuitiva, entiende también comprendidas las “*bajas voluntarias incentivadas y las prejubilaciones anticipadas – y también incentivadas en forma de las aportaciones empresariales para la cobertura de la prestación anticipada –*”, porque aunque en estos supuestos se requiera el concurso de la voluntad del trabajador, la iniciativa empresarial es indudable, dado que “*el concurso no se produciría de no ser por los incentivos que la empresa ofrece al trabajador*”. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 127 (en términos similares, con respecto a las bajas incentivadas, **VALDÉS DAL-RÉ**, *op. cit.*, p. 410; y **GARRIDO PÉREZ**. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, *op. cit.*, p. 113). En términos similares, **NORES TORRES** entiende

Un aspecto importante a considerar, especialmente cuando el empleador sea una Administración pública, o bien, una entidad sin ánimo de lucro, es que a la hora de computar el número de trabajadores afectados por la decisión empresarial, deberá tenerse en cuenta las resoluciones producidas al amparo del art. 52.e) TRET. Circunstancia, en principio, lógica si se acepta la intercomunicación entre dicho precepto y los arts. 51 y 52.c) TRET<sup>983</sup>.

En cuanto a los parámetros cuantitativos y temporales anunciados, debe tenerse en cuenta que a los efectos del art. 51.1 TRET, sólo se computan las “extinciones por motivos no inherentes al trabajador a instancia del empresario” que, en su conjunto, superen el número de cinco, siempre y cuando tengan lugar en el período de referencia de 90 días<sup>984</sup>.

---

que tales resoluciones contractuales deben tenerse en cuenta porque la norma no se refiere a las extinciones producidas por *decisión del empresario*, sino a *iniciativa del empresario*. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 50. GOERLICH PESET, además, a partir de la misma secuencia lógica, estima – con cautelas – que quizás los supuestos de resolución *ex art. 50.1.c) TRET* también deberían computar, dado que se advierte “la iniciativa empresarial” (p. 128). En términos similares (sin cautelas), **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 25. *Id.* también en este sentido (*obiter dicta*), STSJ Comunidad Valenciana 3 de diciembre 2002 (AS 2003\2674).

En contra del cómputo en los supuestos del art. 50 TRET, VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, p. 410. Para NAVARRO NIETO, el art. 51.1.4º TRET afecta a todas “las extinciones que (...) conllevan la supresión del puesto de trabajo por iniciativa, es decir, en interés de la empresa. Claramente encajarían en este supuesto las extinciones de común acuerdo o los despidos por razones inherentes a la conducta o la persona del trabajador declarados improcedentes”. Así como los supuestos del artículo 50 TRET y las “extinciones como consecuencia del rechazo justificado o imposibilidad de adaptación de medidas de movilidad geográfica, funcional o a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 106 y 107. En términos similares, respecto a los supuestos de los arts. 40, 41 y 50 TRET, GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, p. 113. En términos similares, aunque rechazando la posibilidad de computar los despidos disciplinarios calificados como improcedentes, NORES TORRES, en tanto que entiende que lo relevante es la *iniciativa del empresario*, también sostiene que deben tenerse en cuenta las extinciones derivadas los arts. 40.1.4º y 41.3.2º TRET. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 50 y 51.

La jurisprudencia, más allá de las discusiones formales, se ha centrado en analizar la realidad material subyacente en cada caso tratando de evitar el fraude de ley. Así para la STSJ Cataluña 19 de junio 1995 (AS 3118) si bien “un despido disciplinario declarado procedente no puede computarse por constituir un motivo de extinción desde luego inherente a la persona del trabajador, no cabe predicar lo propio de los improcedentes, resultando indiferente el momento procesal en que se declare la improcedencia, bien sea por sentencia o por reconocimiento de la misma en trámite conciliatorio. Solución contraria daría pábulo a fáciles maniobras fraudulentas, pues, el axioma - en principio, y como tal incontestable - de que el mutuo acuerdo debe excluirse del cómputo por no producirse sólo a instancia del empresario, no puede hacerse extensivo a aquellas transacciones practicadas (...) en trámite de conciliación con reconocimiento de la improcedencia del despido, que es tanto como reconocer lo ilegítimo de la decisión empresarial extintiva, dimanante tan sólo de la voluntad de la empleadora; de la misma forma que tampoco debe considerarse computable la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, pues, aunque formalmente se produce a iniciativa de éste, en realidad, trae su causa también de un incumplimiento empresarial”. En términos similares, la STSJ Cataluña 16 de abril 1996 (AS 1436) entiende que un despido disciplinario resuelto por vía de acuerdo en la conciliación previa debe computar a efectos del art. 51 TRET. De todos modos, en este supuesto la suma no es suficiente para llegar a los umbrales exigidos en el citado artículo, dado que el Tribunal estima que las jubilaciones anticipadas acaecidas durante el período de referencia no deben computarse porque al avenirse el trabajador al acuerdo, no concurren los requisitos del art. 51.1.4º TRET. Y, la STSJ Navarra 30 de noviembre 1996 (AS 4347) ha estimado computable el despido disciplinario alegado por la empresa y admitido como improcedente en conciliación previa porque por esta vía eludía, por un solo trabajador, el ERE.

<sup>983</sup> **GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER**. *La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio*, *op. cit.*, p. 716.

<sup>984</sup> **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 372; **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 411; **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 39; **MONTALVO CORREA**. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, *op. cit.*, p. 349; **GARRIDO PÉREZ**. *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, *op. cit.*, p. 114; y **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 259. En contra de esta interpretación, GOERLICH PESET entiende que dicho precepto se refiere a que “cuando existan cinco despidos fundados en causas económicas, podrán computarse para alcanzar el umbral mínimo del despido colectivo otras extinciones distintas a los despidos propiamente dichos pero imputables a

## ii.- El factor temporal.

En cuanto a la dimensión temporal, la doctrina ha apuntado que más que un requisito autónomo, “cumple una función instrumental o de seguridad en la delimitación del elemento cuantitativo”, pues, “acota las secuencias inicial y final en el interior de las cuales resultan relevantes los umbrales mínimos”<sup>985</sup>. Concretamente, la contabilización numérica descrita debe realizarse en un período de 90 días<sup>986</sup>. Aunque se trata de un parámetro que no está exento de discusión.

El inicio del citado período debe contarse a partir de las primeras resoluciones en base al art. 51 TRET o en base al art. 52.c) TRET y, concretamente, desde que tales ceses se hicieron efectivos<sup>987</sup>. Por tanto, el empresario que habiendo planificado una determinada reestructuración de plantilla, acudiendo al procedimiento del art. 52.c) TRET, en el mismo período de 90 días optara por proceder a más ceses, superándose los umbrales del art. 51.1

---

iniciativa del empresario’ fundadas también en motivos no imputables al trabajador”. GOERLICH PESET, *op. cit.*, p. 125; y NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 48 y 49.

Sin embargo, la doctrina judicial ha seguido la primera tesis expuesta *vid.*, STSJ País Vasco 9 de julio 2002 (AS 2003\1764). En otros supuestos, los Tribunales han realizado una interpretación bastante flexible de la literalidad de la ley, obviando la necesidad de que concurren 5 extinciones por motivos no inherentes del trabajador, porque al reconocerse la improcedencia del despido disciplinario en conciliación, se desprende que el verdadero motivo de la resolución era por excesiva onerosidad (SSTSJ Navarra 30 de diciembre 1996, AS 4525; y Comunidad Valenciana 3 de diciembre 2002, AS 2003\2674).

<sup>985</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 412.

<sup>986</sup> Debe entenderse referido a días naturales. *Vid.* al respecto, NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 63. En cuanto al modo de efectuar el cálculo, debe entenderse que “cada despido individual basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción permite al trabajador afectado mirar tanto hacia atrás como hacia delante para determinar si el período de noventa días se han producido extinciones suficientes para considerar que un despido colectivo se ha ‘desintegrado’ en múltiples despidos individuales” [la cursiva es nuestra]. GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 129; MENDOZA. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley*, *op. cit.*, p. 203; MEDIAVILLA CRUZ y ARDILLA MARQUES. *Despidos colectivos: concepto y cómputo del período de 90 días*. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995, p. 241 y 242; RAMÍREZ MARTÍNEZ. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 66; y NORES TORRES, *op. cit.*, p. 64 y 65. Aunque la doctrina no es pacífica al respecto, dado que existen autores que sostienen que el cómputo de 90 días sólo puede realizarse hacia el pasado. De tal modo que sólo las resoluciones que sobrepasen los umbrales mínimos legales deben calificarse como colectivos. VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 413; y MONTALVO CORREA. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, *op. cit.*, p. 348. Criterio éste último seguido por la STSJ Madrid 26 de diciembre 2000 (AS 2001\728).

Un aspecto importante a tener en cuenta es que el plazo de caducidad de 20 días dificulta que un trabajador pueda reclamar la nulidad de su resolución contractual por entender que no tenía carácter individual sino colectivo. La doctrina ha tratado de sortear esta cuestión acudiendo a una solución similar a la prevista en el art. 103.2 TRLPL y la doctrina relativa a la prescripción de las faltas laborales de naturaleza continuada, esto es interpretando que el plazo de caducidad sólo puede empezar a contar a partir del momento que la resolución individual tiene relevancia colectiva. También se ha propuesto recurrir al art. 80.1.c) TRLPL (para el caso de que la resolución individual aun no estuviera resuelta judicialmente); o bien, habilitando al trabajador la posibilidad de emplear nuevas acciones judiciales (acudiendo previamente al recurso de revisión – lo cual resulta ciertamente forzado); o bien, entendiendo que no concurren los efectos para entender que la cosa juzgada despliega sus efectos, por cuanto que no se produce identidad entre el *petitum* ni la *causa petendi*. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 66 a 70.

<sup>987</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 191.

TRET, las *nuevas* resoluciones planificadas deberán articularse a través de los trámites previstos para los ceses colectivos<sup>988</sup>.

A pesar de lo apuntado, el párrafo 5º del art. 51.1 TRET, con el fin de evitar lo que se ha denominado “goteo artificial de *despidos* objetivos”<sup>989</sup>, posibilita que la legitimidad de la decisión empresarial se valore por un período superior a 90 días. Como se sabe, el empresario tiene vedada la posibilidad de acudir a la resolución contractual *ex* art. 52.c) TRET, si en períodos sucesivos de 90 días supera los umbrales numéricos de dicho artículo; debiendo canalizar su pretensión a través del procedimiento del art. 51 TRET, so pena de declararse la nulidad de las *nuevas* resoluciones<sup>990</sup>. Norma que, sin duda, relativiza sustancialmente la eficacia de la sanción y rebaja notablemente su intensidad coactiva o disuasiva.

En “compensación” a esta devaluación, se interpreta que, pese a que dicho precepto establece una presunción del carácter fraudulento de la decisión empresarial, no es necesario probar que ha existido “una específica voluntad empresarial de eludir la regulación de empleo”<sup>991</sup>. En tales circunstancias, sólo puede rebatirse dicha presunción si el empresario probara que concurren otras causas que las alegadas en el período de referencia anterior, esto es, un nuevo riesgo acaecido sobrevenidamente con posterioridad<sup>992</sup>.

---

<sup>988</sup> PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, *op. cit.*, p. 33. “Incluso si el último que desborda tal barrera es un *despido* individual”. [La cursiva es nuestra] DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>989</sup> [La cursiva es nuestra] DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>990</sup> Las resoluciones anteriores no pueden calificarse como nulas, *ex* art. 122.1.d) TRLPL. Compartiendo este criterio en la doctrina, GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 133; MONTALVO CORREA. *Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo*, *op. cit.*, p. 349; CASAS BAAMONDE. *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*, *op. cit.*, p. 81 y 82; MARTÍNEZ EMPERADOR. *Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*, *op. cit.*, p. 363; y *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 222; MENDOZA. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley*, *op. cit.*, p. 202 y 203; y DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 193.

En contra de este planteamiento fruto de una interpretación literal de la norma, por combatir parcialmente el fraude, RAMÍREZ MARTÍNEZ. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 67, 68 y 84; y NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 120 y 121. Abogando por esta solución por entenderla más depurada técnicamente, pero reconociendo las dificultades en el plano de la seguridad jurídica y de la prescripción de acciones, BADIOLA SÁNCHEZ. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 438 y 439.

<sup>991</sup> GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 131; DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 192; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 71. En contra, NORES TORRES sostiene que la expresión “con el objeto de eludir” avala que se exija la presencia de una intención defraudadora, de tal modo que si el empresario demostrara que su conducta no responde a una voluntad defraudadora debe entenderse que la presunción decae. NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 72 a 74.

<sup>992</sup> Presunción que sólo se activa si concurren los requisitos legalmente establecidos. Luego, si la extinción acaeciera por motivos distintos a los del párrafo c) del art. 52 TRET, la presunción no puede operar automáticamente, por lo que debería tratar de probarse que responden verdaderamente a “causas de empresa”. Debiéndose entender, por tanto, a las circunstancias concurrentes y no tanto al sentido literal de las genéricas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. PRADOS DE REYES. *La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa*, *op. cit.*, p. 40 y 41. En términos similares, MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, nota 133, p. 70. Parece defender este planteamiento también, DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y*

La expresión “períodos sucesivos”, en primer lugar, implica que para que pueda apreciarse el comportamiento fraudulento del empresario, debe existir una *sucesión* (“idea de sucesividad”) entre los períodos de 90 días sin solución de continuidad<sup>993</sup>. De tal modo que transcurrido un período de referencia de 90 días sin acudir al art. 52.c) TRET, desde la última resolución contractual por causa de empresa, el contador vuelve a ponerse a cero<sup>994</sup>. Erigiéndose en un fácil elemento para eludir el cauce previsto en el art. 51 TRET.

En segundo lugar, pese a que el empleo del plural (“períodos sucesivos”) no proyecta una idea de acotamiento, la doctrina judicial estima que deben tenerse en cuenta 180 días (2 períodos)<sup>995</sup>. A nuestro entender, en cambio, no deben limitarse los períodos susceptibles de valoración, siempre que sean sucesivos, esto es -empleando los términos de DEL REY GUANTER<sup>996</sup> - que entre uno y otro no medie ningún período “en blanco”<sup>997</sup>.

Finalmente, sentado todo lo anterior, por debajo de estos umbrales numéricos y temporales, no es preciso acudir el régimen previsto en el art. 51 TRET, sino que el empresario puede acudir al régimen previsto en los arts. 52.c) y 53 TRET.

### ***b.2.- Canalización procedimental de la resolución colectiva por excesiva onerosidad, ‘ex’ art. 51 TRET.***

La descripción de los parámetros descritos tiene la virtualidad de indicar el cauce procedimental a seguir. En lo que a las extinciones subsumibles en el supuesto descrito por el

---

52 c del Estatuto de los Trabajadores), *op. cit.*, p. 193. Según RAMÍREZ MARTÍNEZ, si en un período de 90 días el empresario mediante el art. 52.c) TRET procede a la resolución contractual alegando causas distintas, pero superando en su conjunto los umbrales descritos en el art. 51.1 TRET, debe calificarse todas las resoluciones como nulas porque no se ha solicitado la preceptiva autorización administrativa. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>993</sup> SSTSJ Cataluña 30 de octubre 1996 (AS 4816). En la doctrina, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 192. Siguiendo la exposición de NORES TORRES, el sentido de la expresión “períodos sucesivos” no sólo puede interpretarse como períodos sucesivos entre sí, sino que también cabría entender que se refiere a períodos que suceden a uno previo; esto es, a situaciones en las que el empresario procede a resolver contratos por debajo de los niveles determinantes de lo colectivo en períodos sucesivos de noventa días, pero identificándose “la existencia de un período previo en el que ya se habría producido una decisión de carácter colectivo”. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 71 y 72.

<sup>994</sup> STSJ Galicia 24 de enero 1997 (AS 166). En la doctrina, **MENDOZA**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley*, *op. cit.*, p. 202 y 203; y **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 73. Sin embargo, la doctrina no es pacífica al respecto. Una breve exposición de esta disparidad de criterios en, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, nota 132, p. 70.

<sup>995</sup> SSTSJ Madrid 31 de octubre; y 26 de diciembre 2000 (JUR 28246 y AS 2001\728).

<sup>996</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>997</sup> Al respecto, la doctrina no mantiene un criterio uniforme. **GOERLICH PESET** estima, en cambio, que los períodos sucesivos pueden ser dos o más, siempre que sean consecutivos. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 132. **SENRA BIEDMA** entiende que la utilización del plural (“períodos”) “lleva a entender que es suficiente que se diera en dos, siempre y cuando sean sucesivos”. **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 271 y 272.

art. 51 TRET se refiere, ante la existencia de un desequilibrio contractual, el procedimiento resolutorio prototípico se inicia por el empresario que tenga la intención de efectuar una reestructuración de personal, mediante la solicitud a la Autoridad Laboral y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes de los trabajadores (art. 51.2.1° TRET)<sup>998</sup>.

El procedimiento de regulación de empleo puede diseccionarse en cuatro fases<sup>999</sup>: la “fase de iniciación” (i.-), que integra la apertura del período de consultas con los representantes, la presentación ante la Autoridad Laboral y, en su caso, la fase de subsanación; la “fase de negociación” (ii.-), relativo al período de consultas propiamente dicho; la “fase de instrucción” (iii.-), que se concreta, en una serie de actuaciones de la Autoridad Laboral con el fin de determinar, conocer y comprobar los datos que basarán su resolución; y, finalmente, la “fase de decisión” (iv.-), que se plasma en la emisión de la resolución administrativa.

Estos elementos procedimentales vienen a evidenciar una falta de confianza en la capacidad de los implicados en resolver el conflicto satisfactoriamente. La intensidad con la que la Autoridad Laboral se inmiscuye en todo el proceso evidencia esta sospecha. En su conjunto, las diversas fases en que se disecciona el proceso tratan de resolver un problema fundamental: la desigualdad en la negociación provocada por la asimetría de información.

### ***i.- Fase de Iniciación.***

#### ***i.1.- Iniciativa extintiva.***

El empresario ostenta la iniciativa para solicitar la autorización administrativa (arts. 51.2 TRET y 5 RPRE'96). Momento a partir del cual se activa simultáneamente todo el procedimiento de regulación de empleo<sup>1000</sup>.

---

<sup>998</sup> Proceso en el que, como se analizará, el empresario, además, debe cumplir con una obligación de información y documentación no sólo con la administración, sino también con los representantes de los trabajadores. Concretamente, la comunicación a la Autoridad Laboral y a los representantes de los trabajadores debe ir acompañada de “toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se establezcan” (art. 51.2.2° TRET); además, si la empresa tiene más de 50 trabajadores, el empresario debe aportar un plan social, en el que se contemplen las medidas para atenuar las consecuencias de las resoluciones sobre los trabajadores afectados y para posibilitar la viabilidad del proyecto empresarial (art. 51.4.2° TRET).

<sup>999</sup> En este sentido, pese a que su análisis se centra en la institución suspensiva por causas de empresa, se sigue la disección procedimental que propone **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 251 y ss (*vid.* al respecto, especialmente, nota 94, p. 252). Un planteamiento similar en, **DESDENTADO DAROCA**. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, op. cit., p. 531 a 546.

<sup>1000</sup> Recibida la solicitud, la Autoridad Laboral debe comunicar a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo y procederá a la solicitud de informes con vistas a la resolución del expediente sin carácter vinculante. Al margen de solicitar los informes facultativos que estime conveniente (art. 9.2.2° RPRE'96), la Autoridad Laboral debe solicitar (en un plazo de 10 días desde la recepción de la solicitud; o de 5 días en empresas de menos de 50 trabajadores – art. 9.1 RPRE'96) un informe a la Inspección de Trabajo en los casos en los que la iniciativa haya correspondido al empresario (si lo hubieran instado los representantes de los trabajadores no se entiende preceptivo sino facultativo). El momento de su solicitud es discutido por la doctrina, especialmente en los supuestos en los que se reclame al

No obstante, desde 1972, como se sabe, el empresario no es el único legitimado para iniciar el procedimiento de regulación de empleo<sup>1001</sup>. Los representantes de los trabajadores también están legitimados para incoar el expediente (art. 51.9 TRET)<sup>1002</sup>. Posibilidad que, como recoge críticamente GOERLICH PESET, ha sido calificada como una “suerte de expropiación – o, al menos, de injerencia – de los trabajadores en el funcionamiento de la empresa y, en cuanto tal, podría ser relevante para la integridad del derecho a la libre empresa”<sup>1003</sup>.

Frente a este argumento, el propio GOERLICH PESET afirma que, en realidad, poco tiene que ver con la libertad de empresa, y sí con la posibilidad previsión de un mecanismo jurídico dirigido a tutelar sus intereses contractuales legítimos de los trabajadores<sup>1004</sup>. Afirmación que, a nuestro entender, es parcial porque omite una dimensión sumamente importante. Recogiendo el parecer de MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, el reconocimiento de esta legitimidad, además, lo que hace es poner de “relieve que la tutela del interés objetivo de la empresa ni tiene que pertenecer en exclusiva al empleador, ni tal interés tiene que corresponderse inevitablemente con el del empleador; todo ello parece irrefutable si de verdad se quiere mantener una óptica ‘sustancial’ de la manoseada *corresponsabilización* de los

---

empresario la subsanación de los defectos de la solicitud; solución que debe depender de la entidad del defecto detectado (*vid.* al respecto, **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 176 y 177).

El informe, que debe ser evacuado en un plazo de diez días y, en todo caso, estar en poder de la Autoridad Laboral antes de la finalización del período de consultas (lo que impide que pueda tener conocimiento de datos relevantes aparecidos durante dicha fase), puede tener una gran flexibilidad en cuanto a su contenido (art. 9.2 RPRE'96): puede versar tanto sobre las causas motivadoras del proyecto de resolución, como de cuantas cuestiones se estimen necesarias para resolver el expediente. La función del Informe de la Inspección es sumamente trascendente por cuanto trata de limitar la discrecionalidad de la Autoridad Laboral, pues, aunque no tiene carácter vinculante, para poderse apartar del contenido del mismo debe motivarlo. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 214. En las empresas de pequeñas dimensiones, se plantean dudas acerca de la posibilidad de que la Inspección de Trabajo elabore el preceptivo informe en condiciones con la documentación presentada por la empresa, pues, resulta imprescindible que conozca la situación de las partes implicadas especialmente de los representantes de los trabajadores. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, *op. cit.*, p. 284 y 285. En contra de esta opinión, **NAVARRO NIETO**, *op. cit.*, p. 216.

<sup>1001</sup> Un estudio sobre la evolución histórica de esta legitimación reconocida a los trabajadores en, **GOERLICH PESET**. *La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas*, *op. cit.*, p. 8 y ss.; y **PALOMEQUE LÓPEZ**. *Legitimación activa para la incoación de expedientes de crisis*, *op. cit.*, p. 67 y ss.

<sup>1002</sup> La referencia a la representación de los trabajadores se entiende a los representantes unitarios o sindicales. En el caso de no existir representación colectiva en el centro o centros de trabajo, los trabajadores pueden intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes (art. 4 RPRE'96). Se trata de una medida de naturaleza excepcional, pues, se supedita a que racionalmente se presuma que la no incoación del expediente por el empresario pueda ocasionarles “perjuicios de imposible o difícil reparación” - arts. 51.9 TRET y 7 RPRE'96 (para **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ** se trata de una facultad “subsidiaria”. **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Expedientes de regulación de empleo*, *op. cit.*, p. 96 y 97; en contra, por todos, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 417). Concretamente, los trabajadores deben aportar una memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento, las pruebas que estimen oportunas para acreditar los posibles perjuicios y, en su caso, la comunicación enviada al empresario y su respuesta. En estos supuestos no es obligatoria la apertura de un período de consultas. Extensamente, **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 121 y 122.

<sup>1003</sup> **GOERLICH PESET**. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 257.

<sup>1004</sup> **GOERLICH PESET**. *Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 257.

trabajadores en la marcha y viabilidad de la empresa como sede en la que también se realizan los intereses de los propios trabajadores”<sup>1005</sup>.

Paralelamente, el reconocimiento de esta facultad a los representantes de los trabajadores pone de manifiesto otra realidad sumamente trascendente. Como ya se ha analizado, pone en entredicho que la naturaleza jurídica de la facultad extintiva empresarial sea una derivación de la libertad de empresa; especialmente, si se acepta que la autorización administrativa opera como un remoción de un obstáculo al ejercicio de un derecho propio del sujeto autorizado (que, en este caso, correspondería a los trabajadores)<sup>1006</sup>.

### *i.2.- Deber de información.*

La iniciativa empresarial está revestida de un haz de obligaciones que pueden reconducirse al cumplimiento de un deber de información, cuya principal manifestación es la obligación de aportar una serie de documentación<sup>1007</sup>; configurándose, en definitiva, un paralelismo con la negociación de convenios colectivos<sup>1008</sup>.

Como premisa de partida, el empresario debe aportar toda la documentación “necesaria” (51.2.2º TRET), para posibilitar la negociación sobre la medida empresarial propuesta, por un lado, y sobre la planificación de medidas paliativas para los trabajadores afectados y de medidas preventivas para los que permanecen en la empresa, por otro.

---

<sup>1005</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 225.

<sup>1006</sup> **MONTOYA MELGAR**. *Aspectos de la política de empleo (la nueva regulación de los “Expedientes de crisis”)*. CDT nº 0, 1974, p. 154. Con el añadido de que ante la autorización administrativa se extingan los contratos, esto es, sin que el empresario tenga la opción de readmitir o indemnizar. **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 428; y **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 282. Como afirma GARCÍA FERNÁNDEZ “no se trata de una cesación autorizada seguida de extinción sino de un verdadero fallo resolutorio”. **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, op. cit., p. 133. Otros autores hablan de la existencia de una “dimisión por justa causa de carácter extraordinario”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO** y **BRAVO-FERRER** y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 126.

Lo que por otra parte, significaría que se estaría reconociendo una facultad resolutoria por causas de empresa a los trabajadores, poniendo en entredicho, de nuevo, que el fundamento dogmático de la resolución por causas de empresa se halle en la libertad de empresa.

<sup>1007</sup> Debe tenerse en cuenta que el “deber empresarial de información en la fase inicial del procedimiento se traduce esencialmente, aunque no exclusivamente, en una obligación de documentación predeterminada normativamente”. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 262. En caso de incumplimiento de los requisitos que a continuación se exponen, la Administración debe realizar el requerimiento correspondiente al interesado, para que en un plazo de 10 días subsane los defectos, de tal forma que la activación del expediente queda suspendida hasta que definitivamente se subsanen los defectos detectados. En caso de no subsanarse se entenderá que el empresario ha desistido de su pretensión (arts. 51.3.1º TRET y 6.2 RPRE’96). Incluso, (vinculándolo con el art. 51.14 TRET) en el supuesto de que el empresario alegue no poder aportar la documentación porque no le ha sido suministrada o porque no ha sido suficientemente informado. **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 175.

<sup>1008</sup> **GARRIDO PÉREZ**. *La información en la empresa*, op. cit., p. 235 y 236.



La especificación legal del contenido mínimo de la información muestra, fundamentalmente, la voluntad legal de encauzar el proceso de negociación posterior<sup>1009</sup>, tratando de ofrecer las herramientas imprescindibles para garantizar una cierta paridad informativa y, por lo tanto, un proceso negociador en igualdad de condiciones<sup>1010</sup>. Esto es, para que las partes tengan pleno conocimiento del riesgo implícito en sus decisiones. Mecanismo que se complementa con la posibilidad de supervisión de dicha información por parte de la Autoridad Laboral y la posibilidad de que obtenga más información por otros cauces – art. 9.2.2º RPRE'96. En tanto que la Autoridad Laboral debe *limitarse* a aceptar lo acordado en el período de consultas, salvo que se presuma o certifique la existencia de *irregularidades*, la remisión por parte del empresario de cierta documentación e información no sólo cumple la función de solventar una potencial situación de falta de acuerdo o existencia de irregularidades, sino que, sobre todo, trata de ofrecer garantías al proceso negociador y, concretamente, a conformar un cauce de información fluido entre las partes negociadoras<sup>1011</sup>.

Junto a la Autoridad Laboral, los sujetos destinatarios de la información son la representación unitaria y la representación sindical (*ex* arts. 64.1.4.a TRET; y 10.3.1 y 3 LOLS)<sup>1012</sup>. Especificación calificada por la doctrina como una mejora con respecto a la

---

<sup>1009</sup> Diferenciándolo claramente del tratamiento jurídico del resto períodos de consulta (previstos en los arts. 40 y 41 e incluso de la propia negociación colectiva estatutaria – *ex* Título III TRET). Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que el derecho de información “‘ad negotiationem’ se [erigen] como una institución unitaria y autónoma, fundamentada teleológicamente no en el deber de buena fe, sino en las funciones representativas atribuidas a los representantes de los trabajadores y, en concreto, en el mismo derecho a la negociación colectiva”. **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>1010</sup> Para NAVARRO NIETO el período de consultas cubre el doble objetivo de acreditar el desequilibrio contractual y de justificar las medidas propuestas. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>1011</sup> Desde la perspectiva económica, en definitiva, lo que se está pretendiendo con este sistema es, lo que en términos económicos se calificaría como medidas para superar una situación de *información asimétrica* (*vid.* al respecto *infra* – *Segunda Parte* de este trabajo). Es decir, la norma se ocupa de garantizar que en el espacio de (relativa) libre negociación en que consiste el período de consultas operen las mayores garantías (una situación de paridad informativa). *Vid.* también, desde la perspectiva jurídica, **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 138 y 139. En este sentido, el papel de la administración es fundamental, dado que, si bien adopta un papel pasivo, dejando que las partes negocien libremente y aceptando el resultado del acuerdo, tiene la posibilidad, primero, de actuar si observa que el acuerdo obtenido tras la consulta se ha obtenido “mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, o bien, si dicho acuerdo tiene por objeto “la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo” (art. 51.5.2º TRET y 11.1 RPRE'96); y, segundo, la Autoridad Laboral, si no se alcanzara un acuerdo, debe pronunciarse respecto a la estimación o no de la medida propuesta. No obstante, en cuanto a la información suministrada por el empresario y el papel de supervisión que debe jugar la Autoridad Laboral, si bien puede requerir al empresario para que subsane cuantas circunstancias relativas a la documentación requerida estime conveniente (art. 6.2 RPRE'96), hubiera sido preferible que normativamente se hubiera previsto que su intervención fuera más activa *durante* el período de consultas. Por lo tanto, que su papel no se limitara a identificar anticipadamente posibles *errores*, sino que también abarcara la tutela de todo el proceso informativo, precisamente para garantizar que *durante* las negociaciones se alcanza una *simetría informativa*.

<sup>1012</sup> Apuntar, no obstante, que pese a que la LOLS reconocía el derecho de información a la representación sindical, se les negaba la posibilidad de participar en la adopción de los acuerdos en el seno del período de consultas. Un análisis de la postura restrictiva existente con anterioridad a la reforma de 1994 en, **GARRIDO PÉREZ**. *La información en la empresa*, *op. cit.*, p. 232 a 235.

Por otra parte, en el supuesto de estar ante órganos colegiados, la doctrina entiende que no es necesario dirigirse a todos y cada uno de sus miembros, sino que será suficiente con hacerlo al órgano en su conjunto o a su presidente. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 152.

normativa anterior, pues, “no quedaba clara la equiparación de informaciones que el empresario debía suministrar a los representantes y a la Administración”<sup>1013</sup>. Por otra parte, es importante tener en cuenta que corresponde al empresario especificar el momento y el lugar donde deben celebrarse las consultas<sup>1014</sup>.

Centrándonos, sintéticamente, en la concreta información que debe suministrar el empresario (arts. 51.2.2º TRET y 6 RPRE’96)<sup>1015</sup>, en primer lugar, debe aportar una *Memoria explicativa* de las causas o motivos de la resolución<sup>1016</sup>. Documento de vital importancia, si se

---

<sup>1013</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 164 y 165.

<sup>1014</sup> NORES TORRES. *El Periodo de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 153.

<sup>1015</sup> LUQUE PARRA ha propuesto un criterio de sistematización del deber de información por parte del empresario. Concretamente, entiende que los datos que debe suministrar el empresario pueden ser “estructurados dependiendo de si se refieren a las causas legitimadoras de la medida empresarial (contenido objetivo) o, por el contrario, a los trabajadores afectados por las mismas (causas subjetivas)”. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 423 y ss.

Por otra parte, la doctrina parece entender que, en tanto que la delimitación normativa del contenido de la obligación de documentación no tiene carácter taxativo, dicha obligación no se agota con el cumplimiento de lo que específicamente se exige en el art. 6.1 RPRE’96, sino que el empresario “queda obligado a suministrar, verbalmente o por escrito, toda la información necesaria para que los receptores de la misma puedan desarrollar las funciones que les son propias”. Hasta el punto de que “el deber empresarial de información en la fase inicial del procedimiento de regulación de empleo es, por tanto, más amplio que la obligación de documentación prevista a nivel legal o reglamentario que constituye sólo su núcleo esencial”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 264 y 265; y GARRIDO PÉREZ. *La información en la empresa*, op. cit., p. 221.

<sup>1016</sup> El empresario puede aportar toda la documentación que estime conveniente (art. 51.2.2º TRET), primero, para acreditar el desequilibrio padecido (“acreditar las causas motivadoras”), y para desvincular su decisión de todo conato de *subjetivismo* (“la justificación de las medidas”). Respecto a la acreditación del desequilibrio padecido, pese a que el RPRE’96 distingue un contenido mínimo en función del motivo resolutorio (art. 6.1.a RPRE’96), puede afirmarse que prevalece lo que podría entenderse como un “principio de libertad de prueba” (SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 273). Esto es, pese a que la enumeración prevista en la reglamentación precedente son los más aptos para mostrar exhaustivamente el desequilibrio de la empresa, a diferencia de antaño, el empresario no está obligado a aportar todos los documentos que se enumeraban con anterioridad. Si se proyecta una resolución por disminución de la rentabilidad, el empresario debe aportar la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de la situación económica, financiera y patrimonial en los últimos tres años (en relación al conflicto derivado de la obligación reglamentariamente prevista de auditar dicha información y la reserva de ley que parece deducirse de la normativa mercantil, *vid.* LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 424 a 426; según NAVARRO NIETO, la auditoría debe ser externa a la empresa, debiendo existir un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre la empresa auditora. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 175 y 176. Una crítica a la obligación de auditar para todas las empresas, sin posibilidad de discriminar según las circunstancias, aunque circunscrita a la institución suspensiva, pero entendemos extensible de algún modo a la resolución contractual, en SOLÀ MONELLS, op. cit., p. 277 a 281). En cambio, si la resolución bascula sobre una disminución de la eficiencia, debe acompañarse a la solicitud los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del desequilibrio contractual, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa.

En cuanto, a la prueba de la *objetividad* de la decisión empresarial, lo cierto es que, tal y como ha apuntado la doctrina, el desarrollo reglamentario del art. 51.2.2º TRET, esto es, el art. 6.1.a) RPRE’96, no resulta ciertamente congruente (*vid.* MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 233). En efecto, cuando se refiere a la resolución por disminución de la eficiencia, se exige la acreditación de la repercusión que la medida propuesta va a tener en la salvaguarda de la viabilidad del proyecto empresarial; en cambio, cuando se refiere a la disminución de la rentabilidad, omite que deba acreditarse que la medida propuesta contribuya a superar la situación negativa de la empresa. Desajuste que, en opinión de la doctrina citada, debe solventarse mediante una “interpretación sistemática *ad extra* del precepto reglamentario con el propio art. 51.1 TRET”. En relación a esta cuestión, tal y como se ha expuesto con anterioridad, debe tenerse en cuenta que la valoración de la adecuación de la medida empresarial se fundamenta sobre factores que no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, sino que están sujetos a un juicio de razonabilidad (*vid.* al respecto, la STS 14 de junio 1996, RJ 5162; y, en la doctrina, RIVERO LAMAS y DE VAL TENA. *Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández), Aranzadi 1997, p. 235 y 236). En este sentido, pese a que se está convirtiendo en el cauce habitual en el que se plasman estos extremos, debe tenerse en cuenta que, no es obligatorio que la empresa presente en los expedientes

tiene en cuenta que constituye la base documental sobre la que la Autoridad Laboral evaluará la idoneidad del proyecto resolutorio presentado<sup>1017</sup>.

En segundo lugar, debe aportarse la información necesaria para determinar la *ratio* “afectados/efectivos”, así como los criterios de selección de trabajadores y período durante el cual está previsto realizar las extinciones contractuales (art. 6.1.b RPRE’96)<sup>1018</sup>. En tercer lugar, escrito de solicitud del informe a que se refiere el art. 64.1.4 a) y b) TRET<sup>1019</sup>. En cuarto lugar, una copia de la comunicación de la apertura del período de consultas con los representantes (art. 51.2.3º TRET)<sup>1020</sup>.

Y, en quinto lugar, un *Plan de acompañamiento social* (o plan social) dirigido a analizar las medidas destinadas a *paliar los efectos de las resoluciones proyectadas*, así como las dirigidas a garantizar la viabilidad del proyecto empresarial (arts. 51.4 párrafo 1º y 2º TRET y 6.1.c RPRE’96). En definitiva, el objetivo del *plan social* es responsabilizar socialmente – no sólo económicamente – al empresario para que éste soporte parte del daño social que provoca su proyecto resolutorio<sup>1021</sup> y que, además, trate de anticiparse previendo otros potenciales.

La importancia del citado plan en la configuración de la estabilidad en el empleo es indudable. Repárese (sin perjuicio de lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este estudio), que esta exigencia denota una cierta distribución de los costes derivados de la pérdida del empleo (que no son socializados, sino que los asume el empresario). Lo que quiere decir que esta medida, en el fondo, se traduce en un encarecimiento de la puesta en marcha de determinadas actividades productivas, o bien, de las decisiones empresariales que deciden incrementar la plantilla. Lo que puede tener efectos desincentivadores (redundando negativamente en la creación de empleo – y por tanto, en más situaciones de riesgo). Y, la búsqueda de mecanismos de fraccionamientos de estos costes pasa a convertirse en un aspecto

---

de regulación de empleo, el denominado un “plan de viabilidad” (*vid.* al respecto, *supra*; y, concretamente, la STS 30 de septiembre 2002, rec. n.º 3828/2001, BDCGPJ; en la doctrina, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p.).

<sup>1017</sup> Lo que, como se ha expuesto, significa que el empresario debe asegurarse de que queda debidamente acreditada la conexión de razonabilidad. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 233; y **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>1018</sup> Regulación (que pese adecuarse a las previsiones comunitarias) ha sido criticada por la doctrina, por cuanto que no se establece la obligación de informar respecto de ciertos datos (exigidos, por el contrario, en la normativa precedente), tales como, nombre y apellidos, fecha de nacimiento o fecha de ingreso en la empresa. Extremo que podría interpretarse como un intento del Legislador de objetivar la decisión empresarial, aunque lo cierto es que paralelamente con esta opción legislativa se dificulta la posibilidad de evaluar la legitimidad de la decisión empresarial. **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 429 y 430.

De cara a determinar la entidad del proyecto resolutorio del empresario, es importante tener en cuenta que el empresario en virtud del art. 64.1.1º y 2º TRET está obligado a dar información sobre la evolución probable del empleo en la empresa, las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos y sus características así como la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes.

<sup>1019</sup> Una crítica a la exigencia de dicho informe en, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 172 y 173.

<sup>1020</sup> Por otra parte, si la resolución afectara a más del 50% de la plantilla el empresario está obligado a dar cuenta a la autoridad competente y a los representantes de los trabajadores de la venta de los bienes de la empresa que no constituyan el tráfico normal de la misma (art. 51.3.4º TRET).

<sup>1021</sup> **SERRANO GARCÍA**. *La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o dispositivo?* RL 1998 - I, p. 550.

esencial que debe tratar de resolver la norma jurídica. Veamos, a continuación, cómo está articulada esta medida en la legislación vigente.

Pese a que la elaboración del citado plan sólo se exige en las empresas de más de 50 trabajadores<sup>1022</sup>, no significa que el empresario no esté obligado a *informar* sobre todas estas cuestiones, pues, forman parte del contenido mínimo del período de consultas (art. 51.4 TRET). En cuanto a la determinación del contenido mínimo de las medidas a adoptar, la doctrina ha reclamado una mayor especificidad normativa, al menos, con carácter ejemplificativo<sup>1023</sup>.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, ante el silencio de la norma, algunas Comunidades Autónomas han procedido a fijar el contenido mínimo del citado plan (en el linde de la legalidad). Por ejemplo, en una Nota Informativa del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya<sup>1024</sup>, se establece que si bien el “Plan Social no responde a una lista cerrada de medidas, pueden distinguirse dos grandes tipos de medidas: a) Medidas destinadas a evitar o reducir las resoluciones (medidas como la recolocación interna dentro de la propia empresa o en otra empresa del grupo, medidas de tipo organizativo, consistentes en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, redistribución del tiempo de trabajo, limitación de las horas extraordinarias u otras; b) *Agotadas las medidas del apartado anterior*, medidas destinadas a paliar los efectos negativos de las extinciones colectivas respecto de los trabajadores que finalmente hayan quedado afectados (medidas de readaptación profesional que faciliten la ocupabilidad, como la recolocación externa en otras empresas, ayudas para la autoocupación, ayudas para la formación; o en el caso de trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, medidas orientadas a mejorar la compensación económica, como pueden ser las prejubilaciones)” [la cursiva es nuestra]. Finalmente, la Nota Informativa apunta que “la resolución de la Autoridad Laboral valorará el Plan Social como uno de los elementos esenciales a considerar en el juicio de razonabilidad sobre la suficiencia de la causa extintiva y de su proporcionalidad, en relación con la posibilidad de otras medidas posibles y menos traumáticas”.

En definitiva, la propia Nota “insinúa”, al inicio del apartado b), que para poder acudir a las resoluciones previamente deben adoptarse las medidas paliativas (el empleo del término “agotadas” denota una cierta imperatividad).

---

<sup>1022</sup> Una crítica a la utilización de este criterio diferenciador en, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 240 y 241. Admitiendo, en cambio, su idoneidad, **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 142.

<sup>1023</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 242; y **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA 1994, p. 146.

<sup>1024</sup> [http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc\\_30271726\\_1.pdf](http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc_30271726_1.pdf)

Y, en el formulario de solicitud de la Generalitat de Cataluña<sup>1025</sup> se establece que las medidas dirigidas a mitigar los efectos tienen una naturaleza subsidiaria respecto de las dirigidas a prevenir directamente las resoluciones<sup>1026</sup>.

Sin embargo, a nuestro entender, la norma no exige que en el Plan de acompañamiento social se incluyan medidas alternativas a las resoluciones<sup>1027</sup>. Afirmación que pasamos a desarrollar con mayor detalle. En primer lugar, si se admitiera, se estaría contraviniendo el sentido de la ley y la interpretación que de la misma ha realizado el TS, dado que al obligar al empresario a reforzar una unidad equilibrada con el excedente de mano de obra, lejos de solventar el problema, simplemente lo desplazaría<sup>1028</sup>.

En segundo lugar, a partir de la literalidad de la norma, el párrafo 2º del art. 51.4º TRET al utilizar la expresión “medidas anteriormente señaladas”, sólo se está refiriendo a “las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”. O, en otros términos, el término “medidas” del párrafo 2º, no puede extenderse a la expresión “causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos” (párrafo 1º del art. 51.4 TRET).

Con el fin de profundizar en la justificación de esta afirmación, y como paso previo, la cuestión debe focalizarse en la determinación del sentido de la segunda parte del párrafo primero del art. 51.4 TRET (relativa, concretamente, al contenido de la obligación de negociar). De la literalidad de la norma se desprende que el párrafo 1º del art. 51.4 TRET habla, en primer lugar, “sobre las causas motivadoras del expediente” (esto es del desequilibrio contractual). En segundo lugar, sobre la “posibilidad de evitar o reducir sus efectos” [se entiende, del expediente]. Y, en tercer lugar, sobre “las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias [se entiende, también, del expediente] para los trabajadores afectados [esto es, con los contratos resueltos] y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”.

El esclarecimiento del sentido de la expresión “posibilidad de evitar o reducir sus efectos” (entendemos – repetimos – “*del expediente*”) constituye el nudo gordiano de la cuestión. Repárese que la norma no habla de la “posibilidad de evitar o reducir *el expediente*” (se entendería, en tal caso, de la medida resolutoria colectiva planteada – evitar -; o del número de trabajadores afectados - reducir); sino que se habla de los “efectos” del expediente. Y, en tanto

---

<sup>1025</sup> [http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc\\_22504952\\_1.pdf](http://www.gencat.net/treballindustria/doc/doc_22504952_1.pdf)

<sup>1026</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, comentado el sentido de la citada Nota Informativa afirma que “se trata claramente de un intento de responder a una situación en la que particularmente se percibe la insuficiencia del marco legal vigente”. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*. AL nº 3, 2006, p. 260.

<sup>1027</sup> Por lo que debe rechazarse que el empresario *esté obligado* a prever en el plan de acompañamiento social alternativas menos traumáticas a la propuesta resolutoria (integradas en las denominadas medidas de “reclasificación interna”): como por ejemplo, la reconversión o la readaptación. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 440 a 442.

<sup>1028</sup> Por ejemplo, STS 13 de febrero 2002 (RJ 3787). *Vid.* al respecto *supra*. A mayor abundamiento el art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE vincula las medidas sociales de acompañamiento a la búsqueda de ayudas “para la readaptación o la reconversión de los trabajadores *despedidos*” [la cursiva es nuestra].

que el *expediente* no es más que la canalización de una resolución contractual colectiva, debe interpretarse que la expresión de la norma se está refiriendo a la “posibilidad de evitar o reducir los efectos de las resoluciones proyectadas”<sup>1029</sup> (lo que, siguiendo la literalidad de la norma, parece que se estaría refiriendo, por ejemplo – entendemos – al ofrecimiento al trabajador afectado de un nuevo empleo en una empresa del grupo, o bien, incrementando el importe de la compensación económica). En definitiva, medidas dirigidas a paliar las consecuencias derivadas de la situación de desempleo en la que quedan los trabajadores cesados<sup>1030</sup>.

Lo curioso es que, a continuación, se hable, como si de otra circunstancia se tratara (la expresión “así como” lo corrobora), de la posibilidad de negociar sobre las “medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados”. Llegados a este estadio, parece que la norma es reiterativa dado que negociar la “evitación o reducción de los efectos” de la resolución (o del expediente), es lo mismo que mirar de “atenuar las consecuencias sobre los trabajadores afectados”<sup>1031</sup>. Según el Diccionario de la Real Academia Española el término “efecto” se refiere a “lo que se deriva de una causa”; y “consecuencia”, a “hecho o acontecimiento que se deriva o resulta de otro”. Además, el término “efecto” aparece como sinónimo del término “consecuencia”, y viceversa. Reiteración que se repite en el art. 6.1.c) RPRE’96<sup>1032</sup>.

No obstante, en tanto que - como se ha indicado - parece que el art. 51.4.1º TRET se está refiriendo a dos cuestiones distintas, debe tratarse de averiguar cuál es el sentido que quiere atribuirle el Legislador. En aras a esclarecer esta cuestión, debe tomarse como premisa de partida aquellas expresiones que no ofrezcan dudas razonables desde la perspectiva de la interpretación literal. A partir de este enfoque, entendemos que el sentido de la expresión

---

<sup>1029</sup> De hecho, el art. 6.1.c) RPRE’96, en una encriptada redacción, habla de “evitar o reducir los efectos del *despido* colectivo”. A nuestro juicio, no puede entenderse que el “efecto del expediente” sea la resolución contractual (y el “efecto” de la resolución, el desempleo). El hecho de que se hable de la negociación sobre las “causas motivadoras del expediente”, se está refiriendo – entendemos - a las causas que provocan el desequilibrio contractual y que motivan la propuesta resolutoria. Por consiguiente, debe entenderse que la negociación sobre la posibilidad de “evitar o reducir sus efectos” (del expediente), se está refiriendo a los *efectos* de las *resoluciones contractuales*, esto es, a la situación de desempleo en que la quedan los trabajadores cesados.

Corrobora esta interpretación, el hecho de que si se acude a la literalidad del art. 41.4 TRET, se habla de “las causas motivadoras de la decisión empresarial [se entiende, de modificar las condiciones de trabajo]”; por lo que la referencia al “expediente” en el art. 51.4, se refiere a la decisión empresarial de resolver los contratos.

<sup>1030</sup> En términos similares, SÁNCHEZ TORRES afirma que “de una interpretación literal parece que podría concluirse que el Legislador en ningún momento está reconociendo más obligación que la de que las partes intenten llegar a un pacto en buena fe que permita evitar o reducir unos efectos predeterminados (...). SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 200.

<sup>1031</sup> La única diferencia reside en que mientras que las “consecuencias” se vinculan a los “trabajadores afectados”, los “efectos”, al relacionarse con el “expediente”, parecerían referirse no sólo a los trabajadores afectados sino también a la organización productiva en su conjunto. Diferencia que, a nuestro juicio, nada aporta al esclarecimiento de la cuestión objeto de análisis.

<sup>1032</sup> En otro orden de cosas, analizando el contenido del art. 41.4.1º TRET se observa que la norma incurre en la misma imprecisión, dado que la idea de negociar sobre la posibilidad de reducir o evitar sus efectos (en este caso de la “decisión empresarial” de modificar el contrato de trabajo), se reitera a continuación cuando se habla de la posibilidad de negociar “sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados”.

“atenuación de las consecuencias para los trabajadores afectados” es meridianamente claro, esto es: negociación de *medidas paliativas* a la situación de desempleo de los trabajadores cesados.

La cuestión se centraría, por tanto, en la delimitación precisa de la expresión “evitar o reducir sus efectos”. A nuestro juicio, tratando de salvar la coherencia de la norma, podría entenderse que estaría refiriéndose, entonces, a la posibilidad de negociar medidas *alternativas* a las resoluciones proyectadas<sup>1033</sup>; y no, a medidas paliativas de la situación de desempleo en la que queda el trabajador cesado, como parece desprenderse de la literalidad de la norma<sup>1034</sup>.

Por lo tanto, el art. 51.4.1º TRET se estaría refiriendo a dos cuestiones bien diferenciadas: la posibilidad de evitar o mitigar las resoluciones proyectadas, por un lado; y la atención de los trabajadores cesados y la continuidad del proyecto empresarial, por otro. Pues bien, sólo estos últimos aspectos deben integrar el contenido del Plan de acompañamiento social. Repárese, que el propio precepto cuando *parece referirse* a la negociación respecto a la evitación de los ceses, utiliza el término “posibilidad”, en vez de emplearse otro de naturaleza imperativa. Lo cual es lógico, dado que, primero, se trata de una medida que propone el empresario y que puede llevar adelante, pese a la oposición de los representantes de los trabajadores. Y, segundo, porque es posible que la resolución contractual sea la única medida eficaz para superar el desequilibrio que padece la empresa.

La incertidumbre respecto a la posibilidad de adoptar estas medidas alternativas casa mal con la imperatividad que parece desprenderse del art. 51.4.2º TRET al utilizar la expresión “contemple”<sup>1035</sup>. Por consiguiente, no puede exigirse que el plan de acompañamiento social integre forzosamente una serie de medidas que pueden no resultar adecuadas en el contexto en el que se halla la empresa, sin trasladar el problema a otra sección productiva equilibrada<sup>1036</sup>. Lo que por otra parte, iría en contra de la premisa económica que impregna la regulación normativa de la estabilidad en el empleo, la competitividad.

Por otra parte, desde la perspectiva de la lógica interna de la institución que se analiza, difícilmente puede aceptarse que se exija que el Plan de acompañamiento social integre medidas alternativas a la propuesta resolutoria. Si así se exigiera, se llegaría a situaciones, por lo menos, paradójicas: se estaría exigiendo que el empresario, en el propio acto en el que solicita una

---

<sup>1033</sup> En tal caso, forzando la interpretación de la norma podría entenderse que por “efectos del expediente”, deba entenderse las resoluciones contractuales (opción de difícil encaje, especialmente, si se tiene en cuenta la literalidad del art. 6.1.c RPRE’96, ya que habla explícitamente de los efectos del *despido* colectivo).

<sup>1034</sup> Interpretación, por otra parte, unánime en la doctrina. Si no fuera de este modo, “dicha interpretación vaciaría de contenido y razón de ser la referencia del Legislador, ilógica de otro lado cuando en la práctica las materias que se negocian son precisamente las medidas concretas en que se traduce la reestructuración”. SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 201.

<sup>1035</sup> Abogando por la naturaleza imperativa del verbo “contemplar”, LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 436.

<sup>1036</sup> En cambio, las medidas dirigidas a reducir el período de desempleo o aliviar sus efectos, o bien, a posibilitar el proyecto empresarial, responden a una paleta de medidas lo suficientemente variada como para que el empresario pueda adoptar alguna, y así cumplir con el mandato de la norma. Afirmación que, como se analizará posteriormente, deberá matizarse.

medida resolutoria colectiva, aportara soluciones que ponen en duda la adecuación de lo que está solicitando<sup>1037</sup>. Es decir, que pusiera de manifiesto que aquello que pide puede soslayarse mediante el recurso a otros medios menos traumáticos. En definitiva, se le estaría exigiendo que manifestara la falta de idoneidad de su propuesta, su carácter prescindible (total o parcialmente). Lo que podría equipararse con una especie de *probatio diabolica*, dado que, en el fondo, no se le exigiría que probara la idoneidad de la medida que solicita (la resolución), sino que ninguna de las posibilidades *menos traumáticas* que ofrece la ley son adecuadas para solventar su situación y que, por lo tanto, la propuesta resolutoria es la única posible<sup>1038</sup>.

En cuanto al art. 6.1.c) RPRE'96 su esclarecimiento resulta sumamente complejo, no sólo porque incurre en la misma reiteración que el art. 51.4.1º TRET<sup>1039</sup>, sino porque se refiere explícitamente al plan de acompañamiento social y, en su voluntad de desarrollo, añade ciertos elementos que, lejos de esclarecer el sentido de la ley, dificultan sobremanera su comprensión. Como clave de bóveda, al igual que el art. 51.4.1º TRET (aunque en este caso, sin género de dudas), al referirse explícitamente a los “efectos del despido colectivo” (y no, a los del “expediente”), sólo puede referirse a la atención (paliativa) respecto de los trabajadores cesados<sup>1040</sup>.

Por otro lado, al referirse a las “medidas adoptadas por la empresa”, difícilmente puede estar refiriéndose a la negociación de medidas alternativas al expediente de regulación de empleo que se está planteando en ese instante porque, primero, se habla de acciones ya efectuadas y, por lo tanto, pretéritas en el momento de inicio del expediente; y, segundo, porque sólo habla de la “empresa”, como impulsora de las medidas y, por lo tanto, no parece atisbarse la existencia con carácter previo de un proceso un negociador alguno<sup>1041</sup>.

Ahora bien, si no se hiciera mención a los “efectos”, parecería que, al hablar de “medidas adoptadas”, se estaría exigiendo que el empresario justificara la *ultima ratio* de la medida resolutoria que solicita (lo cual, quizás, encontraría mejor ubicación en la *Memoria explicativa*, ex art. 6.1.a RPRE'96, que en el apartado c del mismo precepto).

---

<sup>1037</sup> Téngase en cuenta que el plan de acompañamiento social debe aportarse desde el primer momento, antes de iniciarse el período de consultas.

<sup>1038</sup> Para LUQUE PARRA, el deber de negociar de buena fe, no puede entenderse como la obligación del empresario de proponer una contrapropuesta, sino la obligación de valorar cualquier propuesta razonable realizada por los representantes de los trabajadores y motivar su posible rechazo, demostrando que existe una voluntad real y positiva al diálogo y a la discusión. **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 371.

<sup>1039</sup> Pese a que se refiere expresamente al contenido del “Plan de acompañamiento social”, la utilización de la mención a los “efectos del despido colectivo”, en vez de la expresión “despido colectivo”, convierte la expresión siguiente (“así como atenuar sus consecuencias...”) en reiterativa.

<sup>1040</sup> En todo caso, podría entenderse que el sentido del art. 6.1.c) RPRE'96 difiere del art. 51.4.1º TRET, por lo que mientras que éste habla de la adopción de medidas alternativas, aquél sólo se refiere (de forma reiterativa) a medidas paliativas. Confirmaría, en definitiva, que no es obligatorio que el contenido del plan de acompañamiento social haga referencia a medidas alternativas a los ceses proyectados.

<sup>1041</sup> Incluso, en caso de que se entendiera que dichas medidas son el resultado de un proceso negociador, debe entenderse que ya se habría celebrado y concluido con anterioridad al inicio del expediente que presenta el empresario y, por ende, quedaría fuera del trámite administrativo que se está analizando.



En cuanto a la referencia a las “medidas *previstas* por la empresa” debe entenderse que se refiere a medidas paliativas (aspecto, que como se ha indicado, reitera seguidamente). Si norma omitiera la referencia a los “efectos” y sólo se refiriera al “*despido* colectivo”, en principio, podría entenderse se estaría compeliendo al empresario a incluir medidas alternativas al cese. Interpretación que, de todos modos, debería descartarse porque, como se ha manifestado, contradeciría absolutamente el sentido de la iniciativa empresarial.

Por consiguiente, en lo relativo al art. 6.1.c) RPRE’96, no se desprende la obligación de incluir medidas alternativas al cese, debiéndose destacar, por el contrario, su carácter reiterativo (no pudiéndose afirmar, siquiera, su naturaleza *ultra vires*, al exigir una cosa no prevista en la norma legal que desarrolla, porque literalmente no exige tal cosa).

Luego, la premisa o punto de partida de todo *plan de acompañamiento social* constituye la previsión empresarial de resolver cierto número de contratos<sup>1042</sup>. Su objeto no es tratar de *prevenir los ceses*, sino *sólo sus efectos o consecuencias*, por un lado, y *garantizar la continuidad de los contratos no afectados*, por otro<sup>1043</sup>. Lo que en modo alguno (en virtud de la legalidad y la interpretación judicial vigente) puede interpretarse – como parece desprenderse del texto de la Generalitat de Cataluña - (más allá de su posible tratamiento durante la negociación), como una vía para *exigir* a las empresas la adopción de medidas alternativas a la resolución del contrato; ni tampoco que en el citado plan deban incluirse las medidas alternativas a los ceses proyectados<sup>1044</sup>.

Lo que no obsta que, como se ha apuntado, sobre la base del art. 51.4.1º TRET, en la fase de consultas las partes estén *obligadas a negociar* sobre la posibilidad de reducir o evitar las resoluciones proyectadas y las causas de las mismas<sup>1045</sup>.

---

<sup>1042</sup> GARRIDO PÉREZ, analizando el contenido de la Directiva 75/129/CEE, 17 de febrero, entiende que “esa finalidad de las consultas de tratar sobre ‘medidas sociales de acompañamiento’, que precisamente no son más que adicionales a una decisión extintiva que intentan amortiguar los efectos negativos de la misma para los trabajadores afectados”. GARRIDO PÉREZ. *La información en la empresa*, op. cit., p. 220.

<sup>1043</sup> El art. 6.1 c) RPRE’96 cuando describe, a modo de ejemplo, las medidas que pueden integrarse en el citado plan social, hace mención, por un lado, a acciones dirigidas a recolocar a los trabajadores *cesados*; y, por otro, cuando se refiere a la adopción de “medidas que favorezcan el mantenimiento de los puestos de trabajo”, se está refiriendo a los trabajadores “empleados”, esto es, a los no afectados por el ERE.

<sup>1044</sup> “Se ha de tratar (...) de un conjunto de medidas que reúnan tanto las características de estar mínimamente relacionadas entre sí como abarcar diversos aspectos relacionados con la situación laboral y personal del trabajador *despedido*” [la cursiva es nuestra]. Además, “Una vertiente esencial del plan social ha de ser, *junto a los aspectos relacionados con la pérdida del puesto de trabajo, la vertiente más positiva de los temas referentes a la posibilidad de encontrar otro trabajo*, estableciendo las medidas informativas y formativas pertinentes para ello”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 202.

<sup>1045</sup> En la doctrina, sin embargo, el criterio de un numeroso sector es otro. Para SOLÀ MONELLS, “las medidas que integran el plan de acompañamiento social, cuyos objetivos son reducir o evitar la regulación de empleo prevista y atenuar sus consecuencias para los trabajadores que resulten finalmente afectados”. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 304, 305, 308 y 311. En términos similares, NAVARRO NIETO entiende que el plan social debe contener “las medidas adoptadas o previstas con el objetivo de evitar o reducir los *despidos* y sus consecuencias sobre los trabajadores cuyos *despidos* son inevitables” [la cursiva es nuestra]. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 172. *Vid.* también, MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 242 y 243; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 259.

El contenido, por tanto, de todo *plan de acompañamiento social* debe centrarse en dos aspectos claramente diferenciados: el destino de los trabajadores cesados y el futuro de los trabajadores que permanecen en la empresa. En cuanto a la primera cuestión, debe tratarse de atender a la posibilidad de facilitar el tránsito del trabajador cesado del empleo al desempleo y, a ser posible, permitir la secuencia empleo – desempleo - nuevo empleo<sup>1046</sup>.

En cuanto al futuro de los trabajadores no cesados, el *plan de acompañamiento social* debe analizar la posibilidad de garantizar la continuidad del proyecto empresarial (y que podría identificarse con el “plan de recuperación” al que hace referencia la STS 14 de junio 1996<sup>1047</sup>). Se presupone, por tanto, que si se ha tenido que acudir a una medida resolutoria colectiva es porque el proyecto empresarial sufría ciertas carencias importantes. En definitiva, se quiere evitar que se repita lo sucedido, salvaguardando el empleo de los trabajadores no afectados por el expediente y posibilitando que, en un futuro, la empresa pueda crear nuevos empleos.

Sentado, lo que a nuestro entender, constituye el foco de atención esencial del plan de acompañamiento social, surge la duda de si existe un contenido mínimo obligatorio. Lo cierto es que cuando el art. 51.4.4º TRET se refiere al plan social utiliza la expresión “medidas necesarias”; y el art. 6.1.c) RPRE’96 utiliza la expresión “plan de acompañamiento social que *contemple* las medidas adoptadas o previstas por la empresa”. Sin duda, el escenario de partida

---

No obstante, también hay autores que defienden una postura más acorde con la literalidad de la norma. SERRANO GARCÍA afirma que “el Legislador exige, por primera vez en nuestro ordenamiento, que el empresario que tenga una plantilla superior a cincuenta trabajadores presente en el expediente de regulación de empleo un plan social, es decir, un conjunto organizado de medidas para paliar los efectos que el *despido* produce sobre los trabajadores afectados [la cursiva es nuestra]. SERRANO GARCÍA. *La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o dispositivo?*, op. cit., p. 549. Aunque posteriormente, afirme que el objetivo principal que persigue el ordenamiento con el plan social es “evitar por todos los medios posibles los despidos o acompañarlos de otras medidas que reduzcan las negativas consecuencias de éstos”. SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos*, op. cit., p. 83. VALDÉS DAL-RE analizando el contenido de la norma (antes de la promulgación del RPRE’96) sostiene que el citado plan debe “contemplar las medidas destinadas a atenuar las consecuencias del *despido* sobre los trabajadores afectados así como a posibilitar la continuidad del proyecto empresarial” [la cursiva es nuestra]. VALDÉS DAL-RE. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 418. En esta línea FUENTES RODRÍGUEZ, al describir el contenido del citado plan, parece sostener la tesis que se ha defendido, pues, no se refiere a la inclusión de medidas que eviten las resoluciones proyectadas. FUENTES RODRÍGUEZ. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 173. Finalmente, para GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ se establece la obligación de “informar sobre los elementos de hecho que justifican la extinción colectiva, e igualmente sobre el programa de actuación empresarial una vez admitido el *despido* colectivo”. Es más, pese a admitir que del contenido mixto del plan, social y de viabilidad, y de su naturaleza participativa, deriva el deber de negociar sobre la aplicabilidad de los arts. 39, 40, 41 y 47 TRET, afirma que “las medidas propuestas en el plan aplicables una vez acordadas las extinciones se producirán con posterioridad al propio *despido* colectivo” [la cursiva es nuestra]. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 389 y 390. *vid.* también, GARRIDO PÉREZ. *La información en la empresa*, op. cit., p. 236.

<sup>1046</sup> Lo que se identificaría con lo que LUQUE PARRA denomina “reclasificación externa”. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 442 y 443.

<sup>1047</sup> Ar. 5162. El “plan de recuperación” al que hace referencia el TS parece referirse a un análisis en profundidad de la situación y la planificación de la empresa. Proyecto que, a su vez, difiere del “plan de acompañamiento social”. De hecho, en la propia argumentación del TS se observa la referencia a medidas de tipo prospectivo, desvinculadas de los ceses proyectados y, en cambio, enmarcadas en un contexto empresarial más amplio. Concretamente, que la “reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la ‘situación negativa’ o procurando ‘una más adecuada organización de los recursos’”.

prototípico que presupone el Legislador es uno muy concreto: la incontrovertible existencia de un cierto número de ceses (para el caso de que la Autoridad Laboral lo acabe aprobado, claro está). Lo que le impulsa a exigir la previsión de medidas paliativas para los trabajadores cesados y de medidas preventivas de salvaguarda del empleo existente. Parece desprenderse, por tanto, una cierta imperatividad.

Sin embargo, entendemos que la norma se refiere a la obligatoriedad de planificar la posibilidad de adoptar ciertas medidas en este sentido<sup>1048</sup>; y no, a la adopción obligatoria de ciertas medidas<sup>1049</sup>; porque conviene no olvidar que las posibilidades económicas de la empresa (*a priori* menguadas) actúan como techo para la elaboración de planes dirigidos a paliar los efectos sobre los trabajadores cesados y los que permanecen<sup>1050</sup>. En definitiva, “el plan social no podrá rebasar el límite en que se ponga en peligro la propia viabilidad del proyecto empresarial y del empleo subsistente en la misma”<sup>1051</sup>. En tales casos, no escapa a nadie que el papel de la Administración puede ser determinante<sup>1052</sup>.

## ***ii.- Fase de negociación: el período de consultas.***

El trámite de consultas no es un mero trámite informativo, sino que constituye un verdadero proceso de negociación (atípico) en sentido técnico-jurídico, incardinado en el propio procedimiento de regulación de empleo<sup>1053</sup>. Del que se deriva, el deber de negociar

---

<sup>1048</sup> En términos similares, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 311 y 312.

<sup>1049</sup> En este sentido SERRANO GARCÍA entiende que dicho mandato legislativo se refiere a una obligación de hacer que requiere una actividad para lograr un determinado fin, pero no la adopción de unas medidas concretas. Debiéndose entender que se trata de una obligación de actividad y no de resultado (así parece desprenderse de la indeterminación de los términos legales empleados, de la escasa precisión de la prestación exigida y de la aleatoriedad del resultado); pudiéndose entender que se ha incumplido dicha obligación sólo en el supuesto de que los trabajadores demuestren que el empresario no ha sido debidamente diligente (jugando la buena fe un papel fundamental en su evaluación). SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos*, *op. cit.*, p. 79 a 83.

<sup>1050</sup> LUQUE PARRA, en cambio, sostiene que el listado de medidas previstas en el art. 6.1.c) TRET no tienen carácter enunciativo sino vinculante, dado que si no fuera así, no existiría distinción alguna entre el grado de justificación de esta medida con respecto a las empresas de menos de 49 trabajadores. El empleo de las expresiones “que contemple ... medidas ..., tales como, entre otras ...” no debe interpretarse desde un punto de vista ejemplificativo, sino como una enumeración con carácter abierto (estableciéndose en todo caso un contenido mínimo indisponible). No obstante, advierte que en tanto que el redactado es sumamente deficiente, otra interpretación sería posible. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 435 a 438.

<sup>1051</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 156. En términos similares, SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 206.

<sup>1052</sup> En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL aboga la intervención de los Fondos de Promoción del Empleo. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, *op. cit.*, p. 263. Reclamando una mayor intervención pública en los planes sociales, SERRANO GARCÍA. *La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o dispositivo?*, *op. cit.*, p. 550.

<sup>1053</sup> “Nos insertamos en una institución de carácter consultivo, pero que ciertamente extralimita lo que sería una consulta estricta (entendida como un simple derecho a ser oídos con carácter previo a la decisión empresarial) al exigir la norma el desarrollo de una negociación y no meramente una sencilla solicitud de opinión, parecer o

(pero no el deber de llegar a un acuerdo)<sup>1054</sup>. Siguiendo a NAVARRO NIETO, las “consultas” describen un espacio en el que los contornos de las nociones “participación” y “negociación” en la organización quedan difuminados, conformando un espacio de participación-codecisión en las “opciones empresariales con efectos sobre el empleo”<sup>1055</sup>; o también, se ha afirmado que se trata de “ordenar colectivamente una situación de grave afectación de intereses individuales colectivizados tanto por las causas de esa afectación como por la decisión empresarial”<sup>1056</sup>.

Sin que, conviene advertir, se llegue a configurar un modelo de “democracia industrial”, pues, no opera una negociación en toda regla, porque no se reconoce a los representantes de los trabajadores un derecho de veto, sino que el empresario sigue ostentando la última palabra al respecto<sup>1057</sup>. En definitiva, se articulan un conjunto de límites internos a las facultades empresariales, en orden a su modo de ejercicio, de tal modo que se posibilita el “condicionamiento” de la decisión empresarial a “la luz de otros intereses confrontados o de propuestas de carácter alternativo”<sup>1058</sup>.

No obstante, también puede extraerse una clara lectura económica de esta fase del procedimiento, desde la perspectiva del papel de la libertad de las partes, o en otros términos, del *mercado* como método de resolución de conflictos (o de transacción de riesgos)<sup>1059</sup>. En efecto, las consultas describen un marco en el que, frente a la contingencia del riesgo de la pérdida del empleo, las partes (“agresor” y “víctimas”) deciden (o “negocian” o “transaccionan”), anticipadamente y en un marco intervenido, las “condiciones” (o, si se prefiere, el “precio”) de la salida del contrato (o, en otros términos, de la “agresión”)<sup>1060</sup>. En

---

informe previo no vinculante. Se trataría de una consulta cualificada en su seno por la negociación y que puede tener como fruto un producto jurídico derivado de la autonomía colectiva en el que quede definitivamente perfilada o definida la opción reorganizativa empresarial”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 159.

<sup>1054</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 202; NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 156; AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 143. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 391; y CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 150.

El precedente inmediato de dicho período aparece en el DLRL 4 de marzo 1977

<sup>1055</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 132.

<sup>1056</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 203. Y, a mayor abundamiento, “en tanto que existe una conexión e interrelación de intereses individuales globalizados en intereses colectivos, es necesario realizar entre empresario y representación de los trabajadores una integración de intereses en los planos colectivos e individuales” (p. 203).

<sup>1057</sup> CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 150.

<sup>1058</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 150 a 152 y 160.

<sup>1059</sup> Idea que parece intuirse en las opiniones de un sector de la doctrina cuando se afirma que “el procedimiento negocial del art. 51 LET constituye una vía excepcional de gestión colectiva del empleo, esto es, de regulación de empleo en el marco de un procedimiento de reestructuración de plantillas”. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 131.

<sup>1060</sup> Proceso en el que el papel de la Autoridad Laboral tutelando la transmisión fluida de información (en aras a difuminar los problemas derivados de la *asimetría de información*), parecen corroborar este planteamiento, al que, como ya se ha expuesto repetidamente, me referiré con posteridad. De hecho, como apunta GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ “la apertura de un período de consultas está estructuralmente vinculada al suministro de información por parte del empresario, de manera que el contenido esencial de aquellas no puede darse sin un completo

definitiva, sin perjuicio de una exposición más detallada con posterioridad respecto de estas categorías conceptuales y de su incidencia analítica en la normativa laboral, la principal preocupación del Legislador es que los costes derivados de la pérdida del empleo (su distribución) sea una cuestión que, dentro de unos límites colectivamente fijados, se resuelva conforme a las reglas del mercado (transacción - relativamente - libre entre los directamente afectados). Pese al riesgo conocido de que pueda no existir paridad en la fuerza negociadora<sup>1061</sup>.

Aspectos todos ellos que justifican el estudio detallado de esta fase del procedimiento, especialmente, si se tiene en cuenta la apuesta por este trámite que el Legislador ha realizado en los procesos de regulación de empleo<sup>1062</sup>.

La apertura del período de consultas con los representantes de los trabajadores se articula como un trámite simultáneo a la solicitud de autorización a la Autoridad Laboral<sup>1063</sup>. La previsión de la obligación empresarial de incorporar cierta documentación<sup>1064</sup> no aspira a abrir una simple fase informativa, en la que el acuerdo es una derivación secundaria o accidental, sino que todo el procedimiento bascula esencialmente sobre la idea del acuerdo; y, por lo tanto, de la apertura de un período de negociación, esto es, el encauzamiento de un proceso

---

cumplimiento de la previa recepción de la documentación explicitada normativamente”. **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 390 y 391. Y **NAVARRO NIETO** entiende que no pueden darse las condiciones para la existencia de una negociación real si los trabajadores no puedan tener acceso a un apoyo técnico para facilitar la comprensión de los términos que son objeto de discusión. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 175.

<sup>1061</sup> Planteamiento que parece subyacer en la exposición de **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS** cuando afirman que “esta estrategia [de huida y desestructuración de la negociación colectiva supraempresarial] conduce a la desviación de los *standards* colectivos o a una ‘*deshomogeneización social*’ funcionalmente dirigida a la viabilidad y rentabilidad empresarial, situación especialmente deseada por el empresariado y que normalmente culmina con la variación del *standard in peius* para desventaja del propio trabajador”. Dando pie a lo que expresivamente denominan “*collective laissez-faire*” – o también “*minifundismo convencional*” o “*individualismo*”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 174 y 175 y nota 91 (p. 175 y 176). *Vid.* también, **ESCRIBANO GUTIÉRREZ**. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*. RL 1998 - I, p. 523 a 525.

<sup>1062</sup> Como apunta **DEL REY GUANTER**, se incrementa la presión del Legislador para el acuerdo. **DEL REY GUANTER**. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 212. Un estudio de la evolución del trámite de consultas en el Derecho del Trabajo español (hasta 1992) en, **MOLERO MANGLANO**. *Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo*, op. cit., p. 7 a 10.

<sup>1063</sup> Aunque como se sabe, la simultaneidad no es del todo exacta, dado que el art. 51.2 3º TRET, exige que el empresario acompañe al escrito de inicio del procedimiento una copia de la comunicación de apertura del período de consultas dirigida a los representantes de los trabajadores. No obstante, cabe la posibilidad de que (sin perjuicio de contactos informales) las consultas se hayan iniciado con anterioridad, pues, en virtud del art. 64.1.4º a) TRET los representantes de los trabajadores tienen derecho a emitir un informe previo en las materias vinculadas a las reestructuraciones de plantilla. En otro orden de cosas, la incorporación de la fase de consultas al procedimiento administrativo pretende abreviar los plazos de resolución de la autorización. **VALDÉS DAL-RE**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 418; y **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 283. Sin embargo, también se ha entendido que la simultaneidad, si bien, puede contribuir a un mayor pragmatismo en el desarrollo del procedimiento, “pues el sujeto público queda implicado en la cuestión desde el mismo momento de iniciación del mismo”, también deriva en una “excesiva administrativización, oscureciendo la vertiente de la consulta-negociación y del protagonismo de las propias partes sociales en la gestión concertada y participada de las regulaciones de empleo”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 221.

<sup>1064</sup> Como se sabe, este trámite debe ir acompañado de la entrega de la preceptiva documentación que acredite la concurrencia de la causa alegada y la justifique la adopción de las medidas propuestas (arts. 51.2 TRET y 5 RPRE’96).

contractual<sup>1065</sup>. Por consiguiente, la previsión normativa está configurada con el intento de alcanzar un acuerdo, sin que, por otra parte, como se ha apuntado, se imponga el deber de llegar a una transacción. Se configura así una obligación de medios, no de resultados, que exige un deber de esfuerzo y actividad con carácter principal (traducido en específicos deberes comportamentales), así como de colaboración y esmero con carácter accesorio<sup>1066</sup>. Por ello, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, se trata de una fase procedimental que se mueve en un terreno movedizo entre la consulta y la negociación colectiva en sentido estricto<sup>1067</sup>.

En cualquier caso, a nuestro entender, el principal objetivo que persigue el Legislador con las consultas es abrir espacios libres del control administrativo *ex ante*, esto es, ámbitos de transacción no intervenidos, ni por la negociación colectiva supraempresarial ni por el estado (redimensionándose a la baja el papel de los expedientes de regulación de empleo)<sup>1068</sup>. Muestra, en otras palabras, como bien ha apreciado la doctrina, de un *principio de inmediatez* en las relaciones laborales, basado en una concepción de la autonomía colectiva descentralizada y dinámica, proyección de las demandas flexibilizadoras en materia laboral, en virtud del cual, se pretende un acercamiento a la realidad de la empresa y la búsqueda de soluciones paccionadas a los problemas de la organización productiva, en sustitución del intervencionismo estatal<sup>1069</sup>. Aunque también se han apuntado otros fines<sup>1070</sup>.

---

<sup>1065</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 202; VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 420 y 421; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 273.

<sup>1066</sup> GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 391. En términos similares, en relación al proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, DEL REY GUANTER. *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 212; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 370.

<sup>1067</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 159 y 160. Circunstancia que ha motivado ciertas objeciones doctrinales por la inadecuación del término “consulta”; debiéndose calificar como una “auténtica negociación colectiva en el sentido genuino del término”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 202; y *Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 213; RIVERO LAMAS y DE VAL TENA. *Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales*, op. cit., nota 85, p. 239; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo*, op. cit., p. 369 y 370.

<sup>1068</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 276; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Reflexiones sobre el despido por causas empresariales*, op. cit., p. 8 y 9. Pretensión amplificada por dos factores. En primer lugar, porque la reforma de 1994 abre una vía resolución colectiva desvinculada del expediente de regulación de empleo (las denominadas *resoluciones colectivas menores*). Y, en segundo lugar, desde el instante que se trata de incentivar la previsión de procedimientos de resolución extrajudicial dirigidos a solventar las discrepancias derivadas del período de consultas (art. 85.1 TRE'T). En definitiva, no es que el Legislador de 1994 se haya dado cuenta (de repente) de que la decisión empresarial también afecta a los intereses de los trabajadores y por lo tanto deben intervenir (como apunta GARRIDO PÉREZ. *La información en la empresa*, op. cit., p. 240 y 241); sino que, a nuestro juicio, entiende que esta forma de solventar los conflictos es más eficiente, genera menos costes – no sólo monetarios (a las partes afectadas y a la administración), que la decisión unilateral del empresario y posterior control por parte de la administración.

<sup>1069</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 173.

<sup>1070</sup> Por ejemplo, GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ entiende que el “procedimiento negociado exigido en la fase consultiva tiene como función la promoción de un acuerdo que exprese la voluntad de la empresa, como conjunto obrero-patronal, en el reconocimiento de la necesidad del *despido* colectivo” [la cursiva es nuestra]. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 394. LUQUE PARRA, por su parte, entiende que el período de consultas “constituye el límite formal más importante que – a expensas de

El análisis de esta fase del procedimiento de resolución contractual requiere el estudio separado, primero, de los concretos representantes de los trabajadores legitimados para participar en la misma y suscribir un acuerdo (a.-); segundo, del objeto de las negociaciones (b.-); y, finalmente, la conclusión del período de consultas (c.-)<sup>1071</sup>.

a.- En lo relativo a la identificación de los interlocutores sociales, la doctrina distingue dos momentos diferenciados dentro del período de consultas: la fase de negociación del acuerdo y la fase de su suscripción<sup>1072</sup>. Respecto a la primera fase, se entiende que el modelo trata de identificar el modelo negociador del ERE al previsto en el Título III TRET, de tal modo que la expresión “los representantes de los trabajadores” es integrativa no sólo a la representación unitaria, sino también a la sindical<sup>1073</sup>. Por consiguiente, puede exportarse al expediente resolutorio la lógica de la negociación estatutaria, traducéndose en la práctica en el reconocimiento de la facultad negociadora alternativamente a la representación unitaria o sindical. Aunque se trata de una cuestión discutida<sup>1074</sup>. No obstante, no parece que el empresario esté facultado para seleccionar, en caso de concurrencia, cuál de las dos participará

---

la intervención de la administración – se prescribe para la correcta aplicación de una suspensión o un *despido* colectivo en base a causas directamente organizacionales” [la cursiva es nuestra]. **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 420.

<sup>1071</sup> Con carácter previo debe tenerse en cuenta que debe dejarse constancia en una o más actas de las consultas realizadas entre las partes y de la posición mostrada en las mismas; y, en todo caso, en una acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido examinados. Información que el empresario debe adjuntar a la comunicación de la finalización del período de consultas que debe remitir a la Autoridad Laboral (art. 8.2 y 3º RPRE’96).

<sup>1072</sup> **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 126.

<sup>1073</sup> **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 421; **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 149; **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 162 a 165; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 203; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 292 y 293; **NORES TORRES**. *El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero*. AL 1996 – I, p. 356; **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 205 y 206; y, en relación al proceso negociador derivado del período de consultas ex art. 41.4.3º TRET, **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 147. Frente a una cierta práctica administrativa que restringía la participación a la representación sindical, se erige un nuevo modelo en el que, al amparo del art. 10.1 LOLS, se posibilita su intervención en el período de consultas. Participación que no sólo se confiere a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), sino que también puede entenderse atribuida a las propias secciones sindicales (en virtud del art. 8.2.b LOLS); por lo tanto, sólo las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en el comité de empresa. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**, op. cit., p. 295; y **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 127. *Vid.* también, un análisis de los problemas surgidos en los ERE que afectan a trabajadores pertenecientes a varios centros de trabajo y en relación a las empresas sin órganos de representación, **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**, op. cit., p. 129 a 135; y **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**, op. cit., p. 167 a 171.

<sup>1074</sup> **GOERLICH PESET** estima que la utilización de la expresión “representantes legales” no puede interpretarse en sentido *aténico*, especialmente, cuando su contenido está perfectamente delimitado y cuando la propia Ley 11/1994 ha mantenido la vigencia de su conceptualización. Por consiguiente, estima que los principales destinatarios de la información y, por tanto, los protagonistas de las consultas continúan siendo los representantes unitarios, sin perjuicio de los derechos reconocidos en el art. 10.3 LOLS. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 142. Una objeción a este planteamiento en, **NORES TORRES**. *El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero*, op. cit., p. 356 y 357; y *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 194 a 197.

Una exposición de esta discusión durante la vigencia del ET’80 en, **MOLERO MANGLANO**. *Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo*, op. cit., p. 27 a 31.

en la negociación (podría calificarse como una intromisión ilegítima)<sup>1075</sup>, correspondiéndoles a ellas mismas acordar este extremo<sup>1076</sup>. Y, en caso de conflicto, un sector de la doctrina ha optado por conferir carácter preferente a la representación sindical por gozar de una mayor fundamentación constitucional<sup>1077</sup>. Aunque existen autores que se decantan por la preferencia de la representación unitaria<sup>1078</sup>.

Respecto a la segunda de las fases descritas, esto es, la relativa a la suscripción del acuerdo, conviene apuntar que, pese que la representación sindical tiene derecho a recibir la misma información y documentación que el empresario entregue a la representación unitaria, sólo podrá participar activamente en el acuerdo si existen órganos de representación unitaria en la empresa y representa a su vez a la mayoría de la representación unitaria, *ex* art. 51.4.4º TRET<sup>1079</sup>. Pese a que la interpretación gramatical del precepto parece exigir un doble y acumulativo requisito en los supuestos de participación de la representación sindical (conformidad de la mayoría de las representaciones sindicales y que éstas representen, al menos, a la mayoría de los miembros de comités de empresa y delegados de personal<sup>1080</sup>), debe defenderse “el voto *per cápita*, una vez constituido el banco social conforme a criterios de proporcionalidad”<sup>1081</sup>.

---

<sup>1075</sup> Abogando por esta posibilidad, aplicando, en definitiva, la solución prevista en la negociación colectiva, **GARRIDO PÉREZ**. *La información en la empresa*, *op. cit.*, p. 237; **SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI**. *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimiento de despido colectivo*. AL 1995 - I, p. 157; **SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO**. *Los acuerdos o pactos de empresas*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, p. 52; y **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 197

<sup>1076</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 147; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, *op. cit.*, p. 294; **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 216; **AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 128; y **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 206. Criterio que no parece ser uniforme en la doctrina, pues, **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS** sostienen que en tanto que normalmente la iniciativa de incoación del procedimiento normalmente corresponderá al empresario, “la cuestión [esto es, la determinación de cuál de las dos representaciones debe negociar] quedará a su elección”. **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>1077</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 147 y 148. No obstante, para **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS** esta problemática, en puridad, se plantea más en un plano teórico que en uno práctico-operativo, dada – apuntan – la significativa sindicalización de las representaciones unitarias. **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 166. En términos similares, aunque aceptando el argumento de **CRUZ VILLALÓN, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>1078</sup> **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 206. La referencia legal expresa a los “representantes legales de los trabajadores” permite considerar la preferencia por la representación unitaria.

<sup>1079</sup> **AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 135. El art. 4 RPRE’96 trata de solventar la laguna del art. 51.4.4º TRET, para los supuestos de empresas o centros de trabajo que no cuenten con órganos de representación. Concretamente, se establece su participación directa a no ser que la empresa o centro de trabajo cuente con 10 o más trabajadores, en cuyo caso, debe crearse una comisión *ad hoc* compuesta como máximo por 5 trabajadores.

<sup>1080</sup> Criterio mantenido por un sector de la doctrina, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 421. En términos similares, **AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>1081</sup> **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 215. Defienden este criterio, **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 167; **SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI**. *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el*



b.- La *intención* del Legislador de que el conflicto se resuelva con un acuerdo se patentiza claramente en la habilitación de un espacio de negociación intervenido. La monitorización afecta tanto a las condiciones de la negociación como a la materia que debe ser objeto de transacción.

Por un lado, la norma establece un período de duración de las consultas mínimo en función de la dimensión de la empresa (30 días o 15 días si la empresa tiene más o menos de 50 trabajadores); y, a diferencia del modelo anterior, se articula como un plazo de negociación mínimo (art. 51.4 TRET). Previsión que ha sido identificada como uno de los elementos que más contribuyen a la eficacia de la negociación<sup>1082</sup>. Todo el proceso se encauza a través del principio de buena fe (art. 51.4.3º TRET)<sup>1083</sup>. No obstante, siguiendo a NAVARRO NIETO,

---

*período de consultas en procedimiento de despido colectivo, op. cit.*, p. 158; y CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994, op. cit.*, p. 133.

Para suscribir un acuerdo en un supuesto en el que la medida empresarial afecte a una empresa que cuente con más de un centro de trabajo, debe exigirse la mayoría de todas y cada una de las representaciones afectadas, salvo que se hubiera decidido constituir una comisión *ad hoc*. Si existiera un comité intercentros con competencia para tratar estas cuestiones, debe exigirse la mitad más uno de los miembros de dicho comité. ELORZA GUERRERO, *op. cit.*, p. 214 y 215.

<sup>1082</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, p. 322. Sin que, ante el fracaso de las negociaciones, ninguna de las partes pueda darlo por concluido unilateralmente de forma anticipada; ni incluso, en los supuestos en los que desde un primer momento se observe la imposibilidad de llegar a un acuerdo. GOERLICH PESET. *El despido colectivo, op. cit.*, p. 144 y 145; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.*, p. 197; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo, op. cit.*, p. 289. Por otra parte, GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ estima que no existe un término al período de consultas. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 391. Y, según NORES TORRES, cabe establecer una duración mayor e incluso prorrogarla si las partes lo estiman conveniente para la consecución de un acuerdo. NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial, op. cit.*, p. 184.

Por otra parte, en cuanto al *dies a quo*, en los supuestos de resolución y de suspensión (extensible – *mutatis mutandis* – también a los supuestos de los arts. 40 y 41 TRET) coincide con el momento en que se realiza la comunicación de apertura y puesta a disposición de la documentación necesaria, salvo que la Autoridad Laboral abra el trámite de subsanación, en cuyo caso el plazo empezará a computar desde el momento que el empresario haya solventado los defectos detectados. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 186 y 187.

<sup>1083</sup> Conviene, no obstante, tener en cuenta – siguiendo a SÁNCHEZ TORRES – que aunque tradicionalmente se ha identificado el deber de negociar con el deber de negociar de buena fe, es posible defender la existencia de dos obligaciones diferenciadas y autónomas, si bien profundamente interrelacionadas: (1) deber de iniciar las deliberaciones o propiamente deber de negociar, cuyo carácter imperativo deriva (...) de una consignación obligacional expresa en la ley y (2) deber de negociar de buena fe, éste sí reconocido de forma expresa, inequívoca y prácticamente general en la ley”. El deber de negociar y el deber de negociar de buena fe “son dos deberes jurídicos con objeto y causa diferentes, abarcan ámbitos dispares, aunque concurrentes y conexos, de forma que el cumplimiento formal del primero da lugar a su conversión a través de la exigibilidad del segundo”. De tal modo que, todo deber de negociar lleva implícita para su efectivo desarrollo el deber de negociar en buena fe, pero no todo deber de negociar en buena fe conlleva la demanda del previo cumplimiento del deber de negociar”. En cuanto al deber de negociar en buena fe, se exige “la necesidad de que las partes concurran al proceso de negociación con espíritu de cooperación y una mente abierta a la persuasión, a partir de la cual sea posible alterar o modificar las propuestas a lo largo de la discusión. Ello no es óbice para que las partes entren en la negociación con posiciones firmes y sobre las que no quieran en principio hacer concesiones”. SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva, op. cit.*, p. 51 a 53, 138, y específicamente relativo al período de consultas, *ex arts. 41, 47 y 51*, p. 141 y 142. O bien, “las partes deben hacer un esfuerzo sincero de aproximación para llegar a un acuerdo, se deben lealtad recíproca y mutua colaboración durante las negociaciones. Una ‘negociación de superficie’, una firme resolución del empresario de no estipular acuerdo alguno, una oferta de ‘tomar o dejar’ supondría un incumplimiento de las previsiones legales”. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 370.

La doctrina ha criticado la escasa concreción de la norma al respecto, dado que hubiera sido deseable que se hubiera especificado las prácticas o comportamientos contrarios a la obligación de negociar de “de buena fe”, como por ejemplo, las prácticas desleales. O bien, que se hubiera establecido en la norma la obligación del empresario de

quizás hubiera sido deseable, en aras a una mayor eficiencia, una mayor intervención normativa en la descripción del *iter* procedimental, de las pautas mínimas a seguir. Por ejemplo, indicando el número de reuniones mínimas e incluso ofreciendo apoyo técnico a los trabajadores. También hubiera sido deseable una mayor coordinación entre el período de consultas y el trámite paralelo de información de la Administración<sup>1084</sup>.

Además, se especifican las cuestiones que mínimamente deben ser objeto de negociación<sup>1085</sup>. Delimitación que, pese a adolecer de un alto grado de generalidad, ha sido positivamente acogida por la doctrina<sup>1086</sup>, pues no circunscribe la transacción a la mera monetización, abriéndose sustancialmente el abanico de materias susceptibles de

---

responder motivadamente a las propuestas de los representantes de los trabajadores. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 147; y **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 291. A pesar de que el desarrollo reglamentario ha contribuido poco al esclarecimiento de estos extremos, se entiende que el principio de buena fe “se traduce en el nacimiento de deberes que son expresión de un *alterum non laedere*, es decir y entre otros, un deber para las partes de no adoptar posturas intransigentes, la prohibición de maquinaciones, de actuar dolosamente con el objetivo de conducir a engaño a la contraparte, prohibición de la utilización de la violencia, etc., en definitiva se trataría de la aplicación analógica de la interpretación doctrinal realizada sobre el artículo 89.1 ET”. **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 140 y 141.

<sup>1084</sup> **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 174 a 176. En términos similares, **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 211. En cuanto a este último aspecto, siguiendo a **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**, la “ordenación jurídico-positiva genera una cierta incomunicabilidad” entre la puesta en conocimiento de la Autoridad Laboral y el período de consultas, dado que durante el período consultivo, la Autoridad Laboral difícilmente podrá llevar a cabo una función mediadora o de apoyo en la búsqueda de soluciones (sólo tiene conocimiento en el momento de su finalización); y, además, no se prevé la posibilidad de que las partes negociadoras tengan acceso a datos relevantes que surjan durante la instrucción informativa administrativa. Carencias que, en opinión de los citados autores, podrían subsanarse, primero, en virtud del derecho de todo ciudadano a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la consideración de interesado (art. 35.a LRJPAC); y, segundo, en tanto que conocido el resultado de la negociación el art. 4.2 de la Directiva 98/59/CE faculta a la administración de llevar a cabo una tarea mediadora, es posible interpretar dicha tarea sea desarrollada durante el período de consultas. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 221 y 222.

Pero no sólo eso, desde el instante de que la administración no participa activamente en el período de consultas, está dando relevancia a la solución del conflicto en base sólo a intereses privados, quedando lo público en un segundo término, sólo apreciable – como se sabe –, para el caso de que haya un acuerdo, si se observaran ciertos comportamientos “anómalos”. Sin embargo, no creemos que el interés público presente en los ceses colectivos se limite a los perjuicios que puedan derivarse de estas situaciones. Sin negar que la pérdida del empleo repercute principalmente en el trabajador cesado y (probablemente) su familia, no puede obviarse la repercusión social que dichos ceses tienen (especialmente si son colectivos) – prestaciones por desempleo, sin ir más lejos. En definitiva, no puede olvidarse que la concurrencia del interés público es lo que justifica la intervención administrativa; y que en el caso de que haya acuerdo (paradigma de la prevalencia de lo privado) pueda reducirse simplemente a aceptar lo pactado. Por ello, la solución legal, relegando a un segundo plano el papel de la Autoridad Laboral durante el período de consultas, resulta ciertamente extraña, por ambigua. En definitiva, entendemos que durante el período de consultas la Autoridad Laboral debe participar activamente, facilitando la transacción, desde la perspectiva de los intereses públicos en juego.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que existen diversas disposiciones (art. 85.1 y D. Ad. 13ª TRET, así como en la negociación colectiva) que tratan de impulsar procedimientos extrajudiciales de solución de discrepancias durante el período de consultas. Extensamente al respecto, **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 210 a 226.

<sup>1085</sup> *Vid supra*, el análisis de los problemas interpretativos que suscita la redacción del art. 51.4.1º TRET.

<sup>1086</sup> **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 289; **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 146; **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 155 y 156; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 171 y 172; **FUSTÉ MIQUELA**. *Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal*. En “El arbitraje laboral. Los acuerdos de Empresa (Coord. Ojeda Avilés). VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996, p. 260 y 261; **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., nota 53, p. 195; y **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 324.

transacción<sup>1087</sup>. Lo que denota la voluntad del Legislador de corresponsabilizar a las partes en la búsqueda de reales y eficaces soluciones de protección no sólo de la ocupación, sino también de la viabilidad futura de la empresa<sup>1088</sup>.

En concreto, las partes deben analizar “las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4.1º TRET y 8.1 RPRE’96)<sup>1089</sup>. De la lectura del precepto se desprende que, como mínimo, la negociación debe focalizarse en tres aspectos. Primero, comprobar la existencia del desequilibrio alegado por el empresario. Segundo, estudiar las posibilidades de evitar o reducir los ceses previstos. Y, finalmente, analizar la posibilidad de facilitar el tránsito del empleo al desempleo de los trabajadores afectados, por un lado; y tratar de garantizar el empleo existente, sentando las bases para poder amortiguar los potenciales desequilibrios que pueda padecer la organización productiva en un futuro, por otro.

En cuanto al primer elemento, si bien es cierto que el desequilibrio contractual debe tener una naturaleza objetiva y, por ende, desvinculada de valoraciones subjetivas del deudor, la previsión normativa de “negociar las causas motivadoras” (art. 8.1 RPRE’96<sup>1090</sup>) no es ajena a la institución que se analiza, porque el fundamento dogmático de estas resoluciones encaja con dicha posibilidad<sup>1091</sup>.

---

<sup>1087</sup> Según la doctrina, el hecho de que en el modelo anterior no se concretaran estos aspectos degeneró en el encarecimiento de las compensaciones económicas. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 290; y **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 155 y 156. Extremo que no parece haberse superado por el momento (aunque circunscrito a los supuestos de cierre de empresa), vid. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 260.

<sup>1088</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 153 y 155. Desde un punto de vista sistemático, la doctrina ha propuesto la siguiente clasificación de las cuestiones susceptibles de negociación. Así se distingue entre: (a.-) ‘materias de obligada negociación y contratación’, que conforman el contenido mínimo o necesario del acuerdo, recogiendo, por ende, las condiciones materiales para que sea válido jurídicamente; (b.-) ‘materias de simple obligada negociación’, relativas a cuestiones que deben ser obligatoriamente tratadas en la negociación, pero sobre las que puede no haber una transacción y, por ello, no integrarse en el acuerdo; (c.-) ‘materias de negociación potestativa’, que excederían de las cuestiones que la norma obliga a ser negociadas; y, finalmente, (d.-) ‘materias de ilícita negociación’. **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 197. En términos similares, **LUQUE PARRA**. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, op. cit., p. 373 y 374.

<sup>1089</sup> En definitiva, salvo lo relativo a la viabilidad y continuidad del proyecto empresarial, el “espectro material” de la negociación es coincidente con el previsto en los arts. 40, 41 y 47 TRET. Vid. al respecto, **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 195; y **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 290.

<sup>1090</sup> El art. 51.4.1º TRET se refiere a que el período de consultas “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente”.

<sup>1091</sup> La excesiva onerosidad es un supuesto de ineficacia sobrevinida en el que la prestación sigue siendo posible, luego, nada obsta que las partes adopten un compromiso contractual en virtud del cual se exija el cumplimiento de la prestación, a pesar de todo (característica que anteriormente ha sido calificada con el término, *maleabilidad*). En cambio, cuando **DEL REY GUANTER** afirma que “una situación de crisis económica, más que negociarse se constata” [**DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 201; en términos similares, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 212; y **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 198], parece acercarse conceptualmente a la lógica de la imposibilidad objetiva.

Asumida la existencia de un desequilibrio, la norma, pese a que no lo exprese explícitamente, pretende que las partes negocien sobre la idoneidad de la medida propuesta por el empresario, proponiendo medidas alternativas, o tratando de mitigar la intensidad de la propuesta resolutoria<sup>1092</sup>. Es en este instante cuando la empresa, acogiendo el discurso de la STS 14 de junio 1996<sup>1093</sup>, debe poner de manifiesto “la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquélla, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario”.

Como ya se ha expuesto, en la literalidad de la norma no se identifica previsión alguna que supedite la *legitimidad* de la propuesta resolutoria del empresario a la adopción de medidas alternativas menos traumáticas. Interpretación que, por otra parte, casaría mal con la propia naturaleza del proceso negociador que, como se ha apuntado, se vertebra a partir de una obligación de medios pero no de resultados, sin que los representantes de los trabajadores tengan reconocido un derecho de veto sobre la propuesta empresarial. Y, en el que, no se olvide, la Administración está sujeta al principio de congruencia, debiendo ceñirse a evaluar la razonabilidad de la medida propuesta, sin posibilidad de proponer otras alternativas<sup>1094</sup>.

Ahora bien, pese a todo lo apuntado, siguiendo a SÁNCHEZ TORRES, debe entenderse que el deber de negociar incide directamente sobre el núcleo mismo de la decisión y compele a las partes, no sólo a negociar sobre el volumen (número) y condición de los afectados (categoría) y los criterios para su selección, sino también sobre la propia medida resolutoria<sup>1095</sup>. En esta fase, la representación de los trabajadores puede tratar de persuadir al empresario para que adopte otro tipo de medidas menos traumáticas, o bien para que atenúe la intensidad de la propuesta. Alternativas que, en todo caso y como es lógico, deberán canalizarse a través del procedimiento legal habilitado al efecto.

Finalmente, cabe la posibilidad de negociar sobre la situación de los trabajadores cesados, por un lado, y de las medidas dirigidas a posibilitar la continuidad del proyecto empresarial, por otro. Cuestiones que, en las empresas de más de cincuenta trabajadores, como se ha apuntado, se plasmará en el denominado “plan de acompañamiento social”.

---

Por otra parte, según PRADOS DE REYES, la redacción del precepto circunscribe la negociación a la mera comprobación de la autenticidad de las causas invocadas por la empresa, sin posibilidad de valorar la gestión del empresario. PRADOS DE REYES. *Despidos colectivos*, op. cit., p. 240 y 241. Destacar, asimismo, que la doctrina ha afirmado que “la propia consulta actúa como primer control de la concurrencia efectiva de la causa alegada por la empresa como justificación del proyecto empresarial de *despedir*” [la cursiva es nuestra]. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 153.

<sup>1092</sup> Derivación lógica si se acepta la tesis de la *secuencialidad* o *escalonamiento aplicativo* (vid. al respecto *supra*). Sin que por otra parte pueda olvidarse que en el marco normativa actual el empresario tiene plena libertad para elegir la medida que estime más conveniente.

<sup>1093</sup> Ar. 5162.

<sup>1094</sup> Sin embargo, como se ha apuntado, alguna Administración, como la catalana, a la hora de describir el contenido del denominado plan de acompañamiento social parece desviarse de esta pauta (vid. *supra*).

<sup>1095</sup> SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 201.

En cuanto a los trabajadores afectados por el ERE, es posible negociar medidas dirigidas a suavizar los efectos del cese<sup>1096</sup>. El art. 6.1.c) RPRE'96 trata de ofrecer algunas pautas al respecto, mencionándose posibles opciones con carácter ejemplificativo: “readaptación o reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupos de empresa”<sup>1097</sup>.

Paralelamente, la negociación debe centrarse en el estudio o propuesta de medidas “para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4.1º TRET), plasmadas en lo que se ha denominado “plan de viabilidad o de recuperación”<sup>1098</sup>. Esta referencia ha sido interpretada como una “clara inserción del período de consultas en la lógica combinada – latente en el ordenamiento laboral en su conjunto – de protección a los trabajadores y de la viabilidad futura de la empresa”<sup>1099</sup>. Si bien es cierto que la propia decisión resolutoria contiene en sí misma una medida dirigida a posibilitar la viabilidad del proyecto empresarial<sup>1100</sup>, debe entenderse (salvo que la norma resulte reiterativa) que se está refiriendo a otro tipo de medidas de naturaleza esencialmente prospectiva. Esta dimensión puede observarse en tanto que la norma, al hablar de estas medidas, en todo momento (aunque implícitamente) parte de la base de la continuidad de los contratos de trabajo, esto es, de los trabajadores no afectados por el ERE. Y, por ello, todas las posibles medidas están dirigidas a garantizar la continuidad de los contratos de trabajo vinculados con la empresa. En este sentido, el art. 6.1.c) RPRE'96, enumeradas las posibles medidas dirigidas a los trabajadores cesados, describe otras medidas centradas en los trabajadores con el contrato de trabajo vigente: “aquellas que favorezcan el *mantenimiento* de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

---

<sup>1096</sup> En este sentido, cobra pleno sentido la afirmación de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL cuando afirma que el plan social debe convertirse en un instrumento ‘pro activo’ no destinado a indemnizar el perjuicio sufrido por los trabajadores por el cierre de la empresa sino a reinsertarlos en el mercado de trabajo de su entorno productivo”. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>1097</sup> La doctrina reclama que la norma jurídica prevea con mayor precisión el contenido de estos planes, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>1098</sup> Plan al que se refiere la STS 14 de junio 1996 (RJ 5162). *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1099</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 155.

<sup>1100</sup> Sin ir más lejos, con el fin de eludir la tan temida conveniencia empresarial, la resolución por disminución de la eficiencia exige que la medida trate de “garantizar la viabilidad futura de la empresa”. Sin embargo, entendemos que la expresión “continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”, *ex art.* 51.4.1º TRET, denota un replanteamiento de la actividad empresarial (de su planificación futura) que la expresión “viabilidad futura de la empresa”, *ex art.* 51.1.2º TRET no contiene. Motivo por el que entendemos que mientras que éste precepto se refiere a medidas paliativas, aquél trata de anticiparse a potenciales contingencias del futuro. En términos similares, **PRADOS DE REYES**. *Despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 241.

c.- El proceso negociador puede concluir con o sin acuerdo<sup>1101</sup>. Si no hubiera acuerdo, con el fin de facilitar la efectividad de una autocomposición *de intereses*<sup>1102</sup>, cabe la posibilidad de que la discrepancia sea resuelta conforme a mecanismos de solución por medios extrajudiciales (mediación o arbitraje<sup>1103</sup>), *ex art.* 85.1 TRET. Pese a tratarse de una explicitación innecesaria, por cuanto se trata de una cuestión susceptible de negociación por la autonomía colectiva<sup>1104</sup>, la doctrina ha destacado que este “trato de favor” del Legislador es una muestra más de su intención de promocionar las soluciones paccionadas, relegando a un segundo plano (como último recurso) la intervención administrativa<sup>1105</sup>. Planteamiento que queda confirmado desde el instante que la D.Ad. 13ª TRET insiste en la posibilidad de someter las controversias derivadas del período de consultas a órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos, pese a que no se hubiese pactado en el convenio colectivo aplicable un procedimiento para resolver discrepancias. En cualquier caso, la eficacia y validez del laudo estará también supeditada a la autorización administrativa<sup>1106</sup>.

El acuerdo, en caso de producirse, puede tener un contenido complejo, especialmente, si se tiene en cuenta el amplio espectro de materias que pueden ser objeto de negociación. Ante

---

<sup>1101</sup> Acuerdos denominados por la mayor parte de la doctrina como *pactos o acuerdos colectivos de reorganización productiva* (en los que se integran los acuerdos modificativos, suspensivos y resolutorios derivados de un período de consultas). **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos de reorganización productiva*. En “Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español” (Sala Franco, Pérez de los Cobos Orihuel y Goerlich Peset). ACARL, Madrid, 1989, p. 146; **GARCÍA MURCIA**. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*. DL nº 46, 1995, p. 53; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 177; **NAVARRO NIETO** y **SÁEZ LARA**. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, *op. cit.*, p. 88 y 89; **ALBIOL MONTESINOS**. *Los acuerdos de empresa*. En “Estructura de la negociación colectiva”. VII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva. MTAS. Madrid, 1996, p. 59; **SALA FRANCO**, **ALFONSO MELLADO** y **PEDRAJAS MORENO**. *Los acuerdos o pactos de empresas*, *op. cit.*, p. 51; **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 195 y 196; y **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>1102</sup> **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>1103</sup> **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 158; **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 148; y **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1104</sup> Un comentario especialmente crítico al respecto en, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>1105</sup> **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, *op. cit.*, p. 298 y 299. **GOERLICH PESET** entiende que la promoción de otras alternativas a la administrativa es una muestra de desconfianza del Legislador por esta solución. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 160. **CASAS BAAMONDE** entiende que el art. 85.1 TRET, lejos de acotar el espacio negociador de la autonomía colectiva, lo que pretende es encauzar la negociación colectiva en direcciones concretas y de instaurar nuevas iniciativas, convirtiendo al convenio colectivo, en un mecanismo limitador de las facultades empresariales, necesario tras la descompensación provocada por la reforma. **CASAS BAAMONDE**. *Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva*. RL 1994 - II, p. 19 a 21.

<sup>1106</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 209; **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 194; **CASAS BAAMONDE**. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 23. Un análisis de los problemas que suscita la posibilidad de impugnación de los laudos, por el juego de remisiones normativas de los arts. 85.1 y 91 TRET en, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 422 y 423; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 184 a 187; y **CASAS BAAMONDE**. *Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 21 y ss.; y *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 48 a 53; y **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 151 y ss.

la escasa concisión normativa, existe unanimidad en afirmar que no sólo puede referirse a la intensidad de la medida resolutoria (número de afectados) y los trabajadores afectados (o el método de su selección), sino que también pueden incorporarse otros pactos o compromisos de contenido muy heterogéneo. Por ello, cabe hacer un deslinde de contenidos, distinguiendo entre lo que solicita el empresario - *acuerdo o pacto de regulación de plantilla* - del resto de materias que *pueden ser* objeto de negociación durante el período de consultas – *acuerdos o pactos potestativos o dispositivos*. Corroborra esta interpretación el hecho de que la autorización administrativa sólo debe centrarse en el acuerdo de regulación de plantilla y no del resto de circunstancias que se hayan acordado<sup>1107</sup>.

• Respecto del *pacto o acuerdo de regulación de plantilla*, la participación de los trabajadores en el período de consultas, pese a calificarse como una verdadera negociación, no debe interpretarse – como se ha apuntado - como un estadio de *democracia industrial*, porque, a fin de cuentas, lo que verdaderamente cuenta es la decisión empresarial, sin que los trabajadores tengan un derecho de veto. En todo caso, lo que se persigue es una modalización de su iniciativa, posibilitando un *cierto* condicionamiento<sup>1108</sup>. Por consiguiente, no puede entenderse que el acuerdo de regulación de plantilla sea una auténtica proyección de la autonomía colectiva ni, por tanto, una derivación de la negociación colectiva<sup>1109</sup>. Pese a la existencia de un acuerdo

---

<sup>1107</sup> Así parece desprenderse del art. 49.1.i) TRET. Vid. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 181. Además, en tanto que el art. 51.5 TRET reza que si hubiera acuerdo, “la autoridad laboral procederá a dictar resolución (...) autorizando la extinción de las relaciones laborales”, se desprende que el “contenido del acuerdo que produce efectos vinculantes para la Administración se ciñe al número de trabajadores afectados por la extinción o a aspectos conexos (criterios a seguir para la elección de trabajadores o plazo) y no a cualquier otro aspecto que aquél pueda recoger”. **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 424. En términos similares, **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., nota 54, p. 179; y **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 223.

<sup>1108</sup> El fin de los acuerdos de reorganización es “coadyuvar, de una u otra forma, a la adopción de decisiones empresariales que afectan a las condiciones de trabajo, a la asignación de recursos humanos o a la determinación del volumen de la plantilla”. **GARCÍA MURCIA**. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, op. cit., p. 47. Convirtiéndose en definitiva en una mera técnica de “procedimentalización convencional” para el ejercicio de una facultad empresarial y creando, por tanto, sólo obligaciones entre las partes, dotando de una presunción de legitimidad a la decisión empresarial. **RIVERO LAMAS**. *Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)*. DL n° 43, 1994, p. 63 y 87; y **ESCRIBANO GUTIÉRREZ**. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 527.

O, desde otra perspectiva, como apunta **SÁNCHEZ TORRES**, evitar “cualquier suspicacia en torno a una posible ‘filtración’ institucionalizada de la representación legal de los trabajadores en sus esferas organizativas y de dirección”. **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 196. Porque en definitiva, pese a que el empresario deba “escuchar y tomar en consideración las opiniones y propuestas de los representantes de los trabajadores, la idea inicial es que no se trata de una negociación respecto del contenido de la decisión empresarial”. **VALLEJO DACOSTA**. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 312. Como apunta **ESCRIBANO GUTIÉRREZ**, “en el caso de que haya existido acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, si bien resulta vinculante para el empresario, éste deberá comunicar el objeto del acuerdo a los trabajadores afectados, debiendo respetar su contenido si bien asumiéndolo como decisión propia. Aunque en este sentido (recogiendo el parecer de **SALA FRANCO**, **ALFONSO MELLADO** y **PEDRAJAS MORENO**), la vinculación del acuerdo no puede llegar hasta el punto de obligar al empresario a realizar la medida acordada, dado que depende de su voluntad. **ESCRIBANO GUTIÉRREZ**. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 528.

<sup>1109</sup> En cambio, un sector de la doctrina sostiene que la naturaleza de un acuerdo de reestructuración (resolutivo, suspensivo o modificativo) derivado de un período de consultas puede equipararse a la de un convenio colectivo estatutario (Título III TRET). En este sentido, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 177; **NAVARRO**

sobre la medida resolutoria, en último término, la decisión empresarial extintiva no es fruto de la autonomía colectiva, sino de la discrecionalidad empresarial. Por lo que dichos acuerdos, empleando los términos de GARCÍA MURCIA, al no tener una función reguladora no pueden incluirse en el molde común de los acuerdos o pactos de empresa<sup>1110</sup>. Por todo ello, puede afirmarse que, desde un punto de vista constitucional debe entenderse que el *acuerdo de regulación*

---

NIETO y SÁEZ LARA. *La flexibilidad en la nueva relación de trabajo*, op. cit., p. 88 y 89; CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 130; SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO. *Los acuerdos o pactos de empresas*, op. cit., p. 56; SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI. *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimiento de despido colectivo*, op. cit., p. 156; APILLUELO MARTÍN. *Los Convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994*. AL 1995 - I, p. 142; AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 143; GORELLI HERNÁNDEZ. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*. Civitas. Madrid, 1999, p. 81 y 82; CASAS BAAMONDE. *Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva*, op. cit., p. 45; y *Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva*, op. cit., p. 22; GARRIDO PÉREZ. *La información en la empresa*, op. cit., p. 235 y 236; SOLÁ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 428; SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos*, op. cit., p. 93; y bibliografía citada en QUINTANILLA NAVARRO. *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*. Civitas. Madrid, 2002, nota 33, p. 33 y 34. No obstante, existen autores que, partiendo del art. 37.1 CE, adoptan una postura intermedia. DEL REY GUANTER habla de la existencia de un “acto de naturaleza contractual y de efectos plurales, dependiendo tanto del contenido concreto del acuerdo como de la voluntad de las partes al respecto”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 204. En una posición intermedia también, MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS hablan de un acuerdo (al que denominan “contrato colectivo normativo”) circunscrito al “ámbito estrictamente contractual (aunque colectivo y con amparo ex art. 37.1 de la Constitución española)”; por consiguiente, de naturaleza obligacional (no normativa, porque no se requiere su publicación); pero con efectos personales *erga omnes* (especialmente, por la amplitud de circunstancias que pueden ser negociadas). MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 182 a 186. En términos similares, SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI, tras reconocer que el acuerdo alcanzado por las partes negociadoras deriva del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva, hablan de una nueva categoría jurídica sin valor normativo pero de eficacia general. SANTOS FERNÁNDEZ y TORRENTE GARI. *Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimiento de despido colectivo*, op. cit., p. 156, 161 y 162.

Sintéticamente, quienes sostienen que se trata de una *modalidad básica de la negociación colectiva* (típica en su función, contenidos y efectos), afirman que, en tanto que, primero, se impone la obligación de “negociar de buena fe” con vistas a la “consecución de los acuerdos”; y, segundo, que entre los acuerdos que son resultado del período de consultas y un convenio colectivo existe identidad subjetiva (legitimidad y capacidad) y objetiva (atendiendo a la amplitud de materias susceptibles de negociación), se desprende una identidad también en su naturaleza.

Sin embargo, cabe objetar que la mera existencia de un plazo de negociación está describiendo las limitaciones de un proceso negociador y del posible acuerdo, pues, transcurrido el plazo, es decir, cumplido el trámite (cumpliendo el deber de negociar de buena fe), nada limita la capacidad operativa resolutoria (pero también, modificativa y suspensiva) del empresario, que es quien se reserva la última decisión al respecto. VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 67. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, centrándose en la resolución ex art. 51 TRET, sostiene que analizando, por un lado, el papel que desempeña la Autoridad Laboral en este supuesto, así como las posibilidades impugnatorias que se le encomiendan; y, por otro, el criterio de la STC n° 92, 11 de junio 1992 (RTC 92), respecto al acuerdo alcanzado en un período de consultas ex art. 41.1 ET’80, extensible al del art. 51.2 TRET, no es posible equiparar el acuerdo fruto del período de consultas con un convenio colectivo. ESCRIBANO GUTIÉRREZ. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 528 y 529.

En definitiva no se trata - como apunta CASAS BAAMONDE. *Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva*, op. cit., p. 22 - de presentar a la negociación y a la participación como dos esferas completamente diferenciadas, pues, siguiendo el planteamiento de GARCÍA MURCIA, no sólo “toda negociación (...) implica participación e incluso nuevas vías de intervención de los trabajadores en la gestión de la empresa”, sino que también la negociación colectiva actúa como un forma de limitación de las facultades empresariales. Ahora bien, lo que sí puede destacarse es que la existencia de espacios de intersección no puede confundirse con la identidad entre ambas, dado que “la función de participación queda en un estado de latencia en los acuerdos que tienen por objeto la regulación de un determinado aspecto de la relación de trabajo (salario, jornada, etc.), mientras que aflora con claridad en los acuerdos de reorganización productiva, cuyo fin es el de coadyuvar (...) a la adopción de decisiones empresariales”. GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, op. cit., p. 54, 55 y 47.

<sup>1110</sup> GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, op. cit., p. 54.



de *plantilla* no constituye una manifestación del derecho a la negociación colectiva, *ex art.* 37.1 CE, sino un simple proceso negociador, manifestación del derecho de participación de los representantes en la toma de decisiones técnico-empresariales, *ex art.* 129.2 CE<sup>1111</sup>. Participación justificada en tanto que lo que se suscita durante el período de consultas es principalmente un *conflicto de intereses*<sup>1112</sup>. Conflicto cuyo origen reside, no obstante, en el *conflicto jurídico* que se deriva de una onerosidad sobrevenida excesiva, pero que dada su naturaleza *maleable* y estando en juego la estabilidad en el empleo difícilmente puede mantenerse circunscrito a lo estrictamente jurídico. Ello es así, porque, en el fondo, siguiendo el propósito del Legislador, lo que se persigue con la alteración de lo pactado es salvaguardar la *dimensión organizativa*, esto es, la viabilidad del proyecto empresarial, pudiéndose identificar un “interés objetivo de la empresa, que es común también a los trabajadores”<sup>1113</sup>, pues *posibilita la continuidad de los contratos de trabajo*<sup>1114</sup>.

Fuera de este espacio descrito, esto es, más allá de la propuesta extintiva empresarial, lo que opera es el mero ejercicio de una facultad privada y, en concreto, de la autonomía colectiva derivada del art. 37.1 CE (lo que por otra parte, delimita el espacio de actuación de la jurisdicción social)<sup>1115</sup>.

---

<sup>1111</sup> Para SÁEZ DE LARA, los acuerdos de empresa no constituyen una manifestación del art. 37.1 CE, sino del derecho de participación, *ex art.* 129.2 CE, a menos que se interprete el término “negociación colectiva” en un sentido amplio. SÁEZ LARA. *Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*. RL 1995 – I, p. 556. En términos similares, VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 311 y 312. QUINTANILLA NAVARRO sostiene que los citados acuerdos participan simultáneamente del derecho de participación de los trabajadores *ex art.* 129.2 CE y del art. 37.1 CE. QUINTANILLA NAVARRO. *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, *op. cit.*, p. 33. Y GARCÍA MURCIA entiende que los acuerdos resultantes de ese proceso [el del período de consultas] constituyen ante todo una vía de participación o, cuando menos, un mecanismo híbrido de negociación y participación en la empresa. GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, *op. cit.*, p. 55; y *Los acuerdos de empresa*. CES. Madrid, 1998, p. 50 a 52 y 82 y 83. En términos similares, respecto al acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo fruto de un período de consultas, ROMÁN DE LA TORRE. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales*, *op. cit.*, p. 155 y 156. Comparte este criterio, ELORZA GUERRERO. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>1112</sup> En términos similares, RIVERO LAMAS. *Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)*, *op. cit.*, p. 63; SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 204; y VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 312.

Para BORRAJO DACRUZ, recogiendo el planteamiento de GARCÍA FERNÁNDEZ, la formulación legal actual se traduce en una conversión del juicio de legalidad en un “control de ‘oportunidad o conveniencia’, pues el órgano que controle la motivación finalista empresarial emitirá un juicio económico y no jurídico, actuando a modo de ‘juez auditor’ o ‘empresario alternativo’, en la feliz expresión del profesor GARCÍA FERNÁNDEZ”. BORRAJO DACRUZ. *La triple dimensión de los despidos colectivos y objetivos plurales: interés legítimo del trabajador, exigencias organizativas de la empresa y protección por desempleo*. AL 1995 - I, p. 134. *Vid.* también, JURADO SEGOVIA. *El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET: puntos críticos*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1113</sup> VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 312.

<sup>1114</sup> Un planteamiento aproximado al descrito, aunque sin hacer referencia a la excesiva onerosidad en, GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>1115</sup> CRUZ VILLALÓN. *El control judicial de los actos de la administración laboral: la extensión de las jurisdicciones Laboral y Contencioso-Administrativa*, *op. cit.*, p. 51 y 52. En términos generales (dejando al margen la discusión relativa a su fundamentación constitucional y a su eficacia jurídica y personal), la doctrina mayoritaria es partidaria de hacer una distinción en el contenido de los acuerdos *resolutorios* derivados de un período de consultas. Para NAVARRO NIETO el contenido del acuerdo puede clasificarse en dos categorías de materias. En primer lugar, la previsión de resoluciones – acuerdo de regulación de plantillas - y las cláusulas de modalización de las extinciones. En segundo

Por consiguiente, como resultado de un acuerdo derivado del período de consulta pueden afirmarse la *naturaleza heterogénea* de los pactos alcanzados durante el período de consultas<sup>1116</sup>. En este sentido, - siguiendo el planteamiento de SOLÀ MONELLS, que lo recoge de NAVARRO NIETO<sup>1117</sup>-, conviene avanzar que pese a que la autorización administrativa de las medidas extintivas pactadas entre el empresario y los representantes de los trabajadores resulta imprescindible para que el acuerdo en su conjunto sea válido, el resto de cláusulas despliegan su eficacia desde el propio acuerdo, sin necesidad de sanción administrativa. Hecha esta diferenciación, la cuestión se centra principalmente en dilucidar si (1.-) el acuerdo debe referirse obligatoriamente a un espectro de materias mínimo (y, en tal caso, su determinación); y (2.-) la *intensidad* y *extensión* de sus efectos jurídicos<sup>1118</sup>.

1.- En lo relativo al contenido, siguiendo el planteamiento de SOLÀ MONELLS, cabe distinguir entre ‘contenido obligatorio’ y ‘contenido potestativo’ (o ‘dispositivo, en la terminología de NAVARRO NIETO<sup>1119</sup>), por cuanto permite identificar aquellas materias que necesariamente deberán constar en el acuerdo para que éste resulte válido y diferenciarlas de aquellas otras cuya inclusión resta a la libre voluntad de las partes<sup>1120</sup>. Identificándose el

---

lugar, aquellas transacciones sobre materias no circunscritas a las resoluciones contractuales, y que no tienen necesariamente una proyección sobre los trabajadores afectados – acuerdo del proceso de negociación. La diferencia entre unas y otras residiría en el hecho de que en las segundas, “su eficacia no queda amparada bajo el acto autorizatorio”. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 178 a 180. Precisamente, en función de su eficacia jurídica, DEL REY GUANTER, partiendo de la base de que el acuerdo es una manifestación particular de la autonomía colectiva, identifica tres categorías diferenciadas de acuerdos o pactos (cláusulas con eficacia normativa, cláusulas con eficacia obligacional y acuerdos que escapan de esta categorización – en concreto el acuerdo de resolución). DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 204 y 205. En términos similares, CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 49; y GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 394. En general respecto de cualquier acuerdo derivado de un período de consultas, GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, op. cit., p. 55 y 56.

En cambio, existe un sector que descarta la posibilidad de diseccionar lo acordado, porque rompería el equilibrio interno del acuerdo, abogando directamente por la supresión de la autorización administrativa en caso de acuerdo. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, pese a admitir que, lo que denominan, *tesis atomistas* son las únicas capaces de resolver el problema de constitucionalidad que, más allá del acuerdo extintivo, suscitaría la sumisión de todo lo acordado (y que entienden íntegramente como un producto de la autonomía colectiva) a la autorización administrativa previa, resulta insuficiente, porque es sumamente difícil deslindar los contenidos de un acuerdo que tiene su propio “equilibrio interno”. Lo que lleva a postular su *inescindibilidad* sin alterar su equilibrio. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 180 y 181.

<sup>1116</sup> En términos similares, SERRANO GARCÍA afirma que “la variedad de situaciones que son susceptibles de negociarse en un plan social y, por tanto, incluirse en un acuerdo, junto a la diversidad de formas jurídicas que pueden adquirir los compromisos convierten este pacto en una figura jurídica de naturaleza heterogénea. SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos*, op. cit., p. 87.

<sup>1117</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 378, p. 352.

<sup>1118</sup> Conceptualización recogida por SOLÀ MONELLS que sintetiza la doctrina italiana al respecto, diferenciando entre la *intensidad* de la eficacia (relativa a la eficacia jurídica); y la *extensión* de la eficacia (relativa a la eficacia personal). SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 61, p. 432.

<sup>1119</sup> NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 181.

<sup>1120</sup> SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 338, 339 y 342. Autor que concretando el contenido de lo “potestativo”, afirma que puede establecerse una diferenciación entre las cláusulas que “establecen derechos y obligaciones entre las partes firmantes” y aquellas “otras que introducen reglas para las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del acuerdo”. Catalogación que, como afirma, se asemeja

contenido obligatorio con el *acuerdo de regulación de plantilla*; y lo potestativo con el denominado *acuerdo potestativo* o *dispositivo*.

Siguiendo con el esquema propuesto por el citado autor, “lo obligatorio” puede predicarse respecto de tres circunstancias diferenciadas. En primer lugar, las denominadas “cláusulas de encuadramiento” (esto es, las dirigidas a identificar las partes firmantes, el ámbito del acuerdo y la fecha de suscripción). En segundo lugar, la referencia a la causa o causas empresariales que justifican la medida resolutoria. Pese a tratarse de una cuestión controvertida, entendemos – siguiendo el parecer de GOERLICH PESET – que “el acuerdo de regulación de empleo queda sujeto a las reglas en materia de causas y de adecuación de las medidas extintivas a las mismas que se deducen del art. 51.1.II ET. Ello es así porque el nuevo artículo 51.5 ET incorpora las posibilidades de control del acuerdo la posible impugnación por ‘inexistencia de la causa motivadora’”<sup>1121</sup>. Y, finalmente, el pacto sobre la concreta medida resolutoria, esto es: determinación del número de resoluciones acordadas y la identificación de los trabajadores afectados o, en su defecto, los criterios de selección y/o preferencia para la permanencia<sup>1122</sup>. La doctrina discrepa respecto si debe especificarse en el acuerdo el plazo para proceder a las resoluciones proyectadas<sup>1123</sup>, debiéndose entender, a nuestro juicio, negativamente<sup>1124</sup>.

---

aunque no equipara plenamente con la distinción entre el “contenido normativo” y el “contenido obligacional” propio de la negociación colectiva.

<sup>1121</sup> GOERLICH PESET. *El despido colectivo*, op. cit., p. 152. En términos similares, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 296; y CASAS BAAMONDE. *Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea*, op. cit., p. 23, 29 y 30; ESCRIBANO GUTIÉRREZ. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 537; GARCÍA FERNÁNDEZ. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 118; y AGUILAR GONZÁLEZ y PÉREZ DEL RÍO. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 145.

NAVARRO NIETO entiende que la causa lícita de los ceses es el acto administrativo autorizatorio y no el acuerdo colectivo. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., nota 247, p. 178. En términos similares, respecto a los acuerdos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO. *La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios*, op. cit., p. 1399 y 1400; SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO. *Los acuerdos o pactos de empresas*, op. cit., p. 42 y 43; y VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 64.

En contra, DEL REY GUANTER afirma que en estos supuestos “la causa ya no es propia e inmediatamente la causa empresarial – económica, tecnológica, organizativa o de producción –, sino el acuerdo que legitima la decisión empresarial. La causa empresarial ha quedado ya constatada en el acuerdo, de forma que su relación con el despido específico de los trabajadores tiene la indeterminación de dicho acuerdo”. DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 204. En términos similares respecto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, BLASCO PELLICER. *Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 573.

<sup>1122</sup> Vid. al respecto también, NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 179. Siguiendo el planteamiento de SOLÀ MONELLS, no es preciso que el acuerdo haga referencia a la contribución de la medida resolutoria a la superación del desequilibrio que padece la empresa. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 328, p. 340.

<sup>1123</sup> Defendiendo su naturaleza obligatoria SÁNCHEZ TORRES. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 203; y, específicamente para los supuestos suspensivos, “puesto que con ello se completa la delimitación objetiva de la medida”, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 329, p. 340. Abogando por su naturaleza potestativa, NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 179. VALDÉS DAL-RÉ también parece sostener su carácter potestativo, dado que afirma que “dada la exigencia de congruencia de la resolución con la solicitud empresarial, entiendo que aquélla, si ésta no lo pide, no puede sujetar la ejecución de los despidos a plazos graduales o escalonados”. VALDÉS DAL-RÉ. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 426; DESDENTADO DAROCA. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, op. cit., p. 547; MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit.,

Más allá de lo que constituye este contenido *mínimo* (u obligatorio), pueden acordarse otras cláusulas de muy variada naturaleza, constituyendo el contenido “potestativo” o “dispositivo”. El denominador común de todas ellas es, primero, que su “inclusión o exclusión no afecta a la validez del acuerdo de regulación de plantilla y, por tanto, resta a la libre voluntad de las partes”<sup>1125</sup>; y, segundo, que es una manifestación de la autonomía colectiva. La catalogación o sistematicidad de estas cláusulas dispositivas en función del contenido resulta sumamente compleja dada su potencial heterogeneidad<sup>1126</sup>.

De todas ellas, merece especial mención la relativa a la fijación de la indemnización legal tasada y, concretamente, si se trata de un supuesto de derecho necesario relativo, o bien de una materia disponible convencionalmente. Los trabajadores tienen derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (art. 51.8 TRET). Por otra parte, en las empresas de menos de 25 trabajadores<sup>1127</sup>, el empresario sólo debe abonar el 60 % de la indemnización (art. 33.8 TRET)<sup>1128</sup>.

La solución a este conflicto reside, no tanto en la averiguación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, sino en la naturaleza de la norma jurídica que la establece. En

---

p. 298; **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., nota 197, p. 176; y **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 404.

En la jurisprudencia, la STSJ Cataluña 1 de diciembre 1999 (AS 2000\396) declara que “no resulta contrario a los términos del acuerdo el establecer un calendario de extinciones”.

<sup>1124</sup> Entenderlo de otro modo, iría en contra de la continuidad de los contratos de trabajo, porque si se obligara a tomar la decisión resolutoria tras la autorización en un plazo determinado (so pena de que la misma caducara) es posible que el empresario ante la duda acabe extinguiendo el contrato para evitar tener que iniciar un nuevo ERE. Planteamiento que parece deducirse de la STSJ Cataluña 10 de febrero 1998 (AS 1476) cuando afirma, invocando la doctrina del TCT (SSTCT 7 febrero 1983, RTCT 943; y 22 julio 1986, RTCT 6623), que “la resolución recaída en expediente de regulación de empleo que autoriza a dar por terminada la relación laboral, aunque no implica necesariamente que los ceses hayan de producirse de forma inmediata y automática, ello no faculta ni autoriza al empresario para llevarlos a cabo sino a partir de la fecha en que obtuvo la autorización de acuerdo con las necesidades de la misma, lo que no puede valorarse como autorización en blanco o ‘sine die’, sino como obligada necesidad de llevar a cabo la efectiva extinción de la relación laboral en un tiempo prudencial”.

<sup>1125</sup> **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 342.

<sup>1126</sup> **SOLÀ MONELLS** (*La suspensión del contrato por causas empresariales*, op. cit., p. 342 y 343; *vid.* también, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 205) propone distinguirlas en función de si establecen derechos y obligaciones para las partes firmantes (como por ejemplo: compromisos de efectuar determinadas inversiones, renuncia a instar nuevos expedientes en un plazo determinado o a utilizar la subcontratación mientras dure el expediente); o bien, establecen reglas para las relaciones laborales incluidas en el ámbito de aplicación del acuerdo, afectando no sólo a los trabajadores incluidos en el expediente, sino también a otros trabajadores de la empresa (entre otras - siguiendo a **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 180 y 181; y **DEL REY GUANTER**, op. cit., p. 205: sistemas de aplazamiento del pago o sistemas de descuelgue en materia salarial, financiación de cursos de formación con vistas a recolocación interna o en otra empresa, cláusulas de readmisión para puestos de nueva creación en la empresa o de recolocación en otras empresas del grupo, la mejora de la indemnización legal).

<sup>1127</sup> En cuanto a la dimensión de la plantilla debe tenerse en cuenta el número de trabajadores en el momento de la comunicación.

<sup>1128</sup> Como afirma la STSJ Cataluña 5 de enero 2001 (AS 661), “la indemnización del 40% es responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial, sin que tenga ninguna responsabilidad en su abono la pequeña empresa que extingue el contrato por causas económicas, y ello por cuanto el Legislador, en una opción legislativa adecuada al ordenamiento jurídico, ha decidido ayudar a estas empresas en supuestos de dificultad económica, mediante el pago de parte de la indemnización para facilitar la reducción de costes laborales sin perjudicar las expectativas de los demás trabajadores”. *Vid.* al respecto, **MONEREO PÉREZ**. *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, op. cit., p. 60; y **LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO**. *Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 216 a 219.

este sentido, lo cierto es que de la literalidad se desprende que el art. 51.8 TRET<sup>1129</sup> es, por un lado, una “norma imperativa absoluta respecto de la obligación misma de indemnizar; pero de otro, la imperatividad es relativa respecto de la cuantía”<sup>1130</sup>. Taxativamente puede afirmarse su naturaleza de mínimo de derecho necesario, sin que sea identificable en el mencionado precepto la habilitación legal para disponer<sup>1131</sup>. Como expone el Voto Particular de la STSJ País

---

<sup>1129</sup> Art. 51.8 TRET: “los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio”. Y el art. 14 RPRE’96 es coherente con el sentido de este precepto: “El empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización que se establece en el artículo 51.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior”.

<sup>1130</sup> **VALDÉS DAL-RÉ**. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*. RL n° 3 y 4, 2004, p. 7 (I).

<sup>1131</sup> **VALDÉS DAL-RÉ**. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, op. cit., p. 8 y ss. (II); y **ESCRIBANO GUTIÉRREZ**. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 538 y 539. Para este autor, aunque pudiera interpretarse que la reducción de la indemnización es una medida que contribuye a salvaguardar la continuidad del empleo de los trabajadores no afectados por el ERE, y pese que la reforma de 1994 describe un amplio espacio de operatividad a los acuerdos de empresa, no debe olvidarse que sólo la norma jurídica está capacitada para habilitar la disponibilidad *in peius* de lo normativamente reconocido. Un amplio sector de la doctrina entiende que la indemnización legal es un mínimo de derecho indisponible. **ÁLVAREZ DE LA ROSA**. *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 44; **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 119; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 302; **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 185; **AGUILAR GONZÁLEZ** y **PÉREZ DEL RÍO**. *El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 145 y 146; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Formalidades y procedimiento de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 86; **RAMOS QUINTANA**. *Autonomía Colectiva, indisponibilidad de derechos e indemnizaciones por despido*. REDT n° 110, 2002, p. 176 y ss.; y, con anterioridad a 1994, **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Los pactos de reorganización productiva*, op. cit., p. 175; y **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *Expedientes de regulación de empleo*, op. cit., p. 79.

SERRANO OLIVARES, pese a admitir el carácter de derecho necesario relativo, entiende que no es incompatible con la disposición condicionada o causal (y no, en cambio, con la renuncia pura y simple). **SERRANO OLIVARES**. *A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo (Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999)*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1354). Con carácter previo, para contextualizar debidamente el análisis, debe tenerse en cuenta que el negocio jurídico de disposición presenta un significado jurídico de mayor amplitud y genericidad, mientras que la renuncia no es más que una de las formas en que puede concretarse aquél. **PRADOS DE REYES**. *Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores*. RPS n° 127, 1980, p. 59; y **DE LA VILLA GIL**. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*, op. cit., p. 11.

Sentado lo anterior, en palabras de ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (*Derecho del trabajo*, op. cit., p. 1002 y 1003), “el principio de irrenunciabilidad impone restricciones fortísimas a la doctrina de los ‘actos propios’” (aunque no se reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio. **ALONSO OLEA**. *Derechos irrenunciables y principio de congruencia*, op. cit., p. 322; y **OJEDA AVILÉS**. *La renuncia de derechos del trabajador*, op. cit., p. 227 y 228). Concretamente, el “art. 3.5 TRET limita la prohibición de renunciaciones o la indisponibilidad a los derechos que tengan reconocidos los trabajadores por disposiciones legales (y reglamentarias) de derecho necesario”. **GARCÍA FERNÁNDEZ ET ALTRI**. *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., p. 149. Hasta el punto, de que el art. 3.5 TRET contiene una “prohibición de disponer aparentemente genérica que, entendida en forma literal, comprendería tanto los negocios jurídicos de carácter abdicativo – sin contraprestación –, como los negocios transaccionales – con contraprestación –, lo que podría poner en cuestión la validez de las transacciones concertadas en conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el Juez de lo Social”. **ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI**. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, op. cit., 1999, p. 183. Norma – el art. 3.5 TRET – que no es más que una especificación del concepto de orden público del art. 6.2 CC. **PRADOS DE REYES**, op. cit., p. 57 y 58.

No obstante, *excepcionalmente* se admiten negocios transaccionales. Concretamente, las transacciones concertadas en conciliación son admitidas en tanto que se trata de un contrato *en evitación de un pleito* (art. 1809 CC), porque los derechos en litigio son *inciertos* (prohibiéndose, como se sabe, la transacción o renuncia de los reconocidos por sentencias o laudos arbitrales favorables al trabajador, *ex art. 245 y D. Ad. 7ª TRLPL*). *Vid.* un análisis de la transacción y las diferencias con la renuncia, **OJEDA AVILÉS**, op. cit., p. 184 y ss.; **PRADOS DE REYES**, op. cit., p. 61 a 63; y **DE LA VILLA GIL**, op. cit., p. 15 a 17. A partir de estos parámetros, está claro que el acuerdo relativo a la disposición de la indemnización legal tasada no puede subsumirse en esta tipología contractual. Primero, porque, en tanto que la indemnización viene tasada por la norma, su cuantificación por las partes no está evitando un pleito; y, segundo, concurrente la causa resolutoria, el reconocimiento del derecho a la indemnización no tiene una naturaleza incierta para el trabajador, pues no hay contradicción sobre el derecho a la compensación económica que

Vasco 15 de junio 1999<sup>1132</sup> “el trabajador no puede disponer libremente de su indemnización, pues ella integra un derecho básico y necesario”. Por tanto, la alteración de la forma de compensación o su disminución supone una derogación de una norma legal<sup>1133</sup>.

Además, como asevera VALDÉS DAL-RÉ, si no se interpretara de este modo, se establecería una diversidad de trato con respecto a las resoluciones colectivas menores (*ex art. 53.1.b TRET*) difícilmente justificable<sup>1134</sup>. En el fondo, no puede olvidarse que la admisión del juego de la autonomía de la voluntad con carácter preeminente a lo previsto en una norma de

---

le reconoce la norma. La cuestión, por tanto, es si cabe otro tipo de negocio dispositivo sobre derechos adquiridos más allá de las dirigidos a evitar un pleito.

A nuestro juicio debe entenderse que no, dado que – siguiendo a PRADOS DE REYES – el art. 3.5 TRET, a diferencia de sus precedentes, prohíbe cualquier tipo de negocio dispositivo y no sólo la renuncia. PRADOS DE REYES, *op. cit.*, p. 60 y 61. Aceptando que son derechos indisponibles los previstos en normas inderogables (DE LA VILLA GIL, *op. cit.*, p. 34) y que el art. 51.8 TRET es una norma imperativa (sólo mejorable *cuantitativamente* y sin posibilidad de sustituir la compensación económica), puede afirmarse la ilicitud de cualquier disposición condicionada más allá de la transacción. Por otra parte, si se admite, por un lado, su naturaleza excepcional y, por otro, que la irrenunciabilidad y la imperatividad normativa lo que pretenden es corregir la presunta inferioridad en la situación contractual del trabajador, no cabe duda que en estas situaciones, sabiéndose cesado, no puede afirmarse que haya paridad en la fuerza negociadora. En términos similares, VALDÉS DAL-RÉ afirma que “la regulación de la indemnización por *despido* colectivo no pertenece a la categoría de las normas de derecho dispositivo, cuya vigencia aplicativa pueda ser desplazada, desactivada por actos procedentes de la autonomía privada, individual o colectiva, susceptibles de introducir modificaciones de cualquier signo (meliorativas o peyorativas) o, en su caso, compensaciones” [la cursiva es nuestra]. VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*, p. 8 (II).

Sin embargo, a pesar de todo lo apuntado, tal y como recoge SERRANO OLIVARES (*op. cit.*), en varias ocasiones la jurisprudencia (TS y TTSS) ha admitido disposiciones condicionadas (o, como recoge PRADOS DE REYES, *op. cit.*, p. 65, al reconocimiento de validez de los recibos de finiquito), aunque, también conviene advertir, mostrando un conflicto entre la autonomía de la voluntad y lo previsto en un *convenio colectivo* concretamente de Renfe – y la discusión respecto a su naturaleza *disponible* o no (y no entre la autonomía de la voluntad y lo previsto en una norma legal de derecho necesario), afirmando que “en los supuestos de actos de disposición condicionada, el juicio de favorabilidad es viable en función de factores individuales en cuya valoración ha de prevalecer la autonomía individual frente a la colectiva”. *Vid.* al respecto (todas relativas al CCOL de Renfe y a la renuncia de indemnización por traslado), STS 27 de abril 1999 (RJ 4538); y STSJ Madrid 3 de febrero 1998 (AS 483). *Vid.* también, sobre la misma cuestión litigiosa, SSTJ 28 de octubre 1999 (RJ 9105); y 6 de febrero 2000 (RJ 1606); y SSTJ Cataluña 26 de marzo 2002 (JUR 142174); 12 de febrero 2004 (AS 2085) – relativa a la renuncia de una dieta por destacamento establecida en el CCOL de Renfe. Finalmente, la STSJ Navarra 17 de julio 2000 (AS 4096) admite la disponibilidad condicionada de derechos (aunque en este caso se trata de un derecho no reconocido como indisponible), de un trabajador que de vuelta de una excedencia voluntaria acepta la modificación de su categoría profesional a cambio de una compensación económica. La SSTJ Castilla y León (Burgos) 29 de enero 2003, rec. n.º 130 y 135 (AS 145307 y 145306), admiten la disponibilidad de un derecho que el convenio colectivo no califica como irrenunciable (concretamente, la percepción del plus de nocturnidad).

<sup>1132</sup> AS 2248.

<sup>1133</sup> Tampoco sería válido entender (siguiendo la exposición de OJEDA AVILÉS. *La renuncia de derechos del trabajador*, *op. cit.*, p. 238 a 242) que el trabajador a través de un negocio novatorio dispusiera de un derecho reconocido legalmente, pues, aunque no pueda calificarse propiamente como una renuncia en sentido estricto (dado que opera una “doble acción esencialmente enlazada, extinción-creación, que puede resumirse en el término ‘sustitución’”), y aunque el empresario le propusiera una alternativa más beneficiosa pero completamente diferente a la compensación económica prevista heterónomamente, porque se trata de una disposición insustituible por novación, pues, la ley no le atribuye tal margen de disponibilidad.

<sup>1134</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, *op. cit.*, p. 9 (II). Repárese que, tal y como recoge LUQUE PARRA, en relación al art. 53.1.b TRET el empresario está obligado (salvo la excepción prevista en el art. 53.1.b.2º TRET) a poner a disposición del trabajador la indemnización legalmente establecida, en un momento anterior a la extinción, debiendo ser efectiva, “sin que sea suficiente que en la comunicación al trabajador afectado se mencione que tiene la cantidad concreta a su disposición, sino que la indemnización debe estar efectivamente disponible desde que aquella comunicación es entregada al trabajador, bien en dinero efectivo, bien en cheque o transferencia bancaria de la fecha, pero no mediante instrumentos de pago diferidos”. LUQUE PARRA. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, *op. cit.*, p. 352 y 353. Por otra parte, cuando la norma jurídica ha querido dispositivizar preceptos del TRET lo ha hecho expresamente

derecho necesario, supondría una alteración sustancial del sistema de fuentes que rige en el Derecho del Trabajo español<sup>1135</sup>.

Sin embargo, la doctrina no es unánime al respecto, ni mucho menos<sup>1136</sup>. Disparidad que también se ha proyectado a la jurisprudencia<sup>1137</sup>.

---

<sup>1135</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, op. cit., p. 12 (I); y ESCRIBANO GUTIÉRREZ. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, op. cit., p. 538 y 539.

<sup>1136</sup> BLASCO SEGURA (vigente el ET'80) sostiene la naturaleza dispositiva de la cuantía indemnizatoria **BLASCO SEGURA**. *La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo*, op. cit., p. 585. Para GOERLICH PESET, el dilema no reside en la delimitación de la naturaleza de “los preceptos que establecen la obligación de pagar la indemnización, sino de las reglas que disciplinan la impugnación del acuerdo de regulación, pues son estas últimas las que marcan los límites de la actuación de los negociadores”. Partiendo de esta premisa, en tanto que sólo cabe impugnar el acuerdo de regulación en los supuestos del art. 51.5 TRET, “ha de seguirse la consecuencia que, a menos que la reducción de la indemnización sea debida a coacción o dolo o constituya fraude o abuso de Derecho, habrá de ser admitida”. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 154. **SERRANO GARCÍA**, tras afirmar que la indemnización económica mínima prevista en el art. 51.8 TRET es derecho necesario, pero sólo en su cuantía, no en su forma, entiende que la dispositivación es una consecuencia de lo que se ha denominado “deseconomización” del período de consultas o mera monetización (intención del Legislador de que la negociación se limite al *quantum* indemnizatorio, tratando de fomentar la búsqueda de alternativas). **SERRANO GARCÍA**. *El plan social en los Despidos Colectivos*, op. cit., p. 212 a 216. *Vid.* también, **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**. *Jubilación forzosa mediante pacto “extraestatutario”. Comentario a la STS (Sala 3ª) 25 de enero de 1999*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\241).

Más allá de esta declaración, un sector de la doctrina ha planteado diversos mecanismos dirigidos a monitorizar la autonomía de la voluntad con el fin de proteger los intereses de los trabajadores. No obstante, sin perjuicio de las potenciales ventajas puntuales que pudieran derivarse de la aplicación de las propuestas que la doctrina laboral ha elaborado, lo cierto es que conforme a la legalidad vigente no puede admitirse ninguna de ellas. Veamos, no obstante, un botón de muestra. **SÁNCHEZ TORRES** defiende que la “cuantía indemnizatoria podrá ser rebajada o, incluso, suprimida siempre que: (1) ello se articule a través de la figura jurídica de la condición resolutoria y no de forma previa; (2) sea el empresario de origen el que procure una nueva ocupación al trabajador que elimine aquél perjuicio; (3) las condiciones profesionales y laborales del nuevo empleo sean iguales o equivalentes a las que gozaba con anterioridad el trabajador o, en caso contrario, así lo asienta – dentro de los parámetros legales – el trabajador; y (4) quede a elección de éste la opción entre optar por la indemnización o por el nuevo puesto de trabajo”. **SÁNCHEZ TORRES**. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, op. cit., p. 207 y 208.

**SERRANO OLIVARES**, aunque admite el carácter de derecho necesario relativo, entiende que en tanto que cabe la disposición condicionada o causal, la negociación puede extenderse a todos los componentes de la indemnización, en tanto que no constituyen normas de derecho necesario absoluto; y siempre que no se incurra en abuso de derecho. Así, “para excluir la existencia de abuso de derecho la fórmula de equivalencia que se acuerde deberá cumplir, a título indicativo, los siguientes requisitos: a) Que la contraprestación pactada sea a cargo del empresario que procede a la extinción del contrato; b) Que en el caso de que la nueva obligación pactada consista en una prestación de hacer o en una obligación de pago diferido se fijen los plazos de cumplimiento, debiéndose reputar nulo por abusivo el pacto que no acote en el tiempo la ejecución del compromiso asumido por el empresario; c) Que la fórmula de equivalencia que se acuerde emplee criterios o conceptos más o menos homogéneos u homologables, de tal suerte que no resulte lícita cualquier equivalencia. Así, por ejemplo, la entrega del equivalente de la indemnización en décimos de lotería no se trata de una medida que esté relacionada con la regulación de empleo; d) Que las fórmulas de compensación pactadas no incorporen elementos de aleatoriedad cuyo riesgo deba asumir el trabajador, de modo que se acuerden mecanismos compensadores de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación a cargo del empresario que aseguren el percibo por parte de aquél de la cuantía mínima legalmente establecida; e) Que se trate de un beneficio o ventaja en interés directo del trabajador o trabajadores afectados por la extinción del contrato y no de la colectividad”. **SERRANO OLIVARES**. *A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo (Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999)*, op. cit. (versión digital).

<sup>1137</sup> Abogando por la naturaleza de derecho necesario relativo, SSTs 21 de enero 1988 (RJ 32); 7 de abril 1990 (RJ 3133); y 20 de marzo (RJ 2303); y 28 de octubre 1996 (RJ 7799); SSTSJ Cataluña 25 de mayo 2005 (AS 1649); Extremadura 17 de octubre 2001 (AS 3951); y Madrid 30 de octubre 1997 (AS 3754) – aceptando que se negocie la forma de pago pero no su cuantía. Una breve exposición del criterio jurisprudencial con anterioridad al giro operado en enero de 1997, **VALDÉS DAL-RÉ**. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, op. cit., p. 1 y 2 (I.). Las SSTSJ País Vasco 15 de junio 1999 (AS 2248) y 1 de junio 2000 (JUR 36401), admitiendo la naturaleza de mínimo de derecho necesario, defienden la posibilidad de compensaciones equivalentes.

Manteniendo la naturaleza dispositiva del art. 51.8 TRET, STS 21 de enero 1997 (RJ 622) – apartándose del criterio defendido en las SSTs 20 de marzo y 28 de octubre 1996, RJ 2303 y 7799; cambio de doctrina jurisprudencial que

A pesar de que el argumento apuntado nos resulta suficientemente poderoso como para descartar la posibilidad de disponer de la obligación prevista en el art. 51.8 TRET, es posible traer a colación otros argumentos que contribuyen a corroborar la naturaleza imperativa absoluta, respecto a la obligación de indemnizar, y relativa, respecto a su cuantía, del art. 51.8 TRET.

En primer lugar, no puede aceptarse la satisfacción de la responsabilidad por incumplimiento, traducida en una suma de dinero, mediante beneficios equivalentes (por ejemplo, ofreciendo un nuevo empleo o bien complementando la acción pública de la Seguridad Social), aunque resultaran más beneficiosos, porque la naturaleza jurídica de la indemnización legal y del plan de acompañamiento social no lo admiten. La indemnización es una compensación económica *inspirada* en la *teoría del riesgo*<sup>1138</sup>. Aunque con ciertas particularidades dado que, por motivos de economía procesal, se resarce *in re ipsa*, esto es, por el mero incumplimiento contractual, sin entrar a valorar la entidad del daño sufrido por el trabajador. Ni la existencia de la obligación económica ni su cuantía se supeditan a la efectiva situación en la que queda el trabajador cesado. El empresario debe el importe de la indemnización en cualquier caso, aunque el trabajador encuentre un nuevo empleo al día siguiente. La indemnización se vincula al incumplimiento y, por tanto, es una derivada de una responsabilidad contractual. Y las medidas integradas en el plan de acompañamiento social, dirigidas a paliar los perjuicios de los trabajadores cesados, es una responsabilidad que, pese a estar estrechamente vinculada al incumplimiento contractual, tiene su origen en un mandato

---

fue admitido por la SSTC nº 100 y 137, 23 de abril y 18 de junio 2001 (RTC 100 y 137), *vid.* al respecto, **RAMOS QUINTANA**. *Autonomía Colectiva, indisponibilidad de derechos e indemnizaciones por despido*, *op. cit.*, p. 184 y ss.

Repárese que en el resto de STS posteriores relacionadas con el caso “Enatcar” (STS 28 de enero, RJ 907; 6 y 28 de febrero, RJ 996 y 1610; y 8 de julio, RJ 5566; todas ellas del mismo año), pese a admitir la validez del pacto, la solución pasa por considerar la existencia de una subrogación empresarial entre Enatcar y Renfe, abandonando el debate sobre el carácter imperativo o dispositivo de la citada norma. Argumentación que, no sólo ha sido duramente criticada por la doctrina (*vid.* **SERRANO OLIVARES**. *A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo. Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999*, *op. cit.*, versión digital; y **VALDÉS DAL-RÉ**. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, *op. cit.*, p. 3 y 4, II), sino que, contiene un giro jurisprudencial, en acertada opinión de **VALDÉS DAL-RÉ**, reconduciendo las cosas a su sitio (corrigiendo el criterio de la STS de 21 de enero 1997, RJ 622), esto es, declarando la naturaleza imperativa de la norma.

De hecho, las SSTS (Caso “Retevisión”) 17 de septiembre 2004 (RJ 6977); y 30 de junio (RJ 2005\4849); 5 de mayo (RJ 4848); 31 de marzo (RJ 4966); 11 de febrero 2003 (RJ 3277); y 10 de diciembre 2002 (RJ 2003\1952) afirman que “la indemnización del art. 51.8 ET es de derecho necesario”. Y la STS [C-A] 25 de enero 1999 (RJ 344) afirma que “el artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores [de 1980] al fijar la indemnización en el supuesto de ser autorizada la extinción de los contratos de trabajo (veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades) es de derecho necesario e indisponible, aunque indisponible ‘in peius’ porque es válido el establecimiento de indemnizaciones superiores”. Y que, “este precepto no configura, por tanto, una norma de derecho necesario absoluto, esto es una norma imperativa absoluta, sustraída a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable. Se ha reconocido así la validez del pacto de mejora, más beneficioso que la norma legal; y que es lícito que se restrinja o reduzca la percepción del posible exceso indemnizatorio pactado a las condiciones que se estipulen, siempre que se respete el mínimo legalmente garantizado que constituye un límite a la autonomía de la voluntad”.

A pesar de ello, una determinada doctrina judicial entiende que a raíz de las sentencias de 1997 citadas, se ha declarado el carácter dispositivo del art. 51.8 TRET (*vid.* SSTSJ Comunidad Valenciana 20 de marzo 2003, AS 3294; y 18 de junio 1998, AS 2543).

<sup>1138</sup> *Vid.* al respecto, *Epígrafe I del Apartado C del Capítulo III (Segunda Parte)*.



legal, respondiendo a una responsabilidad social. Por consiguiente, ambas responsabilidades operan en ámbitos distintos y responden a una lógica absolutamente diferenciada. En definitiva, la Ley no está describiendo una obligación de naturaleza alternativa, entre la compensación económica a tanto alzado y la adopción de medidas paliativas al cese<sup>1139</sup>, ni tampoco, la deuda pecuniaria puede entenderse como accesoria de una obligación principal<sup>1140</sup>.

A mayor abundamiento, pretender compensar la deuda pecuniaria con el cumplimiento de una medida paliativa, no sólo plantea un problema casuístico de valoración de la equivalencia<sup>1141</sup>, sino que, sobre todo, contradice el espíritu de la ley y describe, además, una mecánica perversa (e, incluso, cabría calificarse como un fraude de Ley). Mientras que el Legislador pretende que el coste de los ceses no repercuta principalmente en las arcas del Estado, imputándosele - en la medida de lo posible - al empresario (obligándole a adoptar medidas paliativas que favorezcan la nueva ocupación del trabajador), éste (con la connivencia de los representantes de los trabajadores) seguidamente los repercute sobre el propio afectado, que es quien, a la postre, acaba cargando con los perjuicios provocados por el causante del daño<sup>1142</sup>.

En definitiva, repárese que si se conviene este planteamiento, la empresa no sólo puede romper el equilibrio contractual desvinculándose de cierto número de trabajadores cuando concurre una onerosidad sobrevenida, sino que, además, puede soslayar el único mecanismo que pretende dotar de cierta equidad a este modelo resolutorio, la indemnización<sup>1143</sup>.

Finalmente, respecto a la posibilidad de sustituir la indemnización por un empleo, no debe olvidarse que el rechazo de la indemnización se convierte en una moneda de cambio de

---

<sup>1139</sup> En el sentido de que el empleador está obligado originariamente a un único vínculo obligatorio, pero traducido en dos o varias prestaciones, pero sólo debe realizar una de ellas, elegida en este caso por el trabajador. Recuérdese, además, que la mayoría de la doctrina entiende que la compensación legal tasada en estos supuestos responde a una medida de previsión a cargo de la empresa, dadas las incertidumbres de una nueva ocupación (tanto si la consigue como si no) y/o a una compensación por la *antigüedad* del trabajador en la empresa. Por consiguiente, no puede aceptarse que la nueva colocación se encuentre en una relación de disyuntividad con la compensación económica (de modo que el nuevo empleo compense lo que con la indemnización se pretende sufragar). Al no existir conexión entre ambas, porque responden a una obligación diferenciada, por tanto, derivadas de circunstancias de naturaleza ciertamente heterogénea, no puede establecerse una relación de alternatividad.

<sup>1140</sup> Por ejemplo, en los supuestos en los que se ofrezca un complemento de la acción protectora de la Seguridad Social, debe tenerse en cuenta que la “mejora voluntaria es así algo esencialmente accesorio de un derecho principal: la prestación pública mejorada”. STSJ Asturias 9 de noviembre 2001 (AS 4190), *cit.* VALDÉS DAL-RE. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II, op. cit.*, p. 11 (II).

<sup>1141</sup> *Vid nota supra.*

<sup>1142</sup> No puede aceptarse, por tanto, que – como sostiene SERRANO GARCÍA – que “la atribución de carácter imperativo a la naturaleza pecuniaria del artículo 51.8 de la LET frenaría el reforzado proceso negocial que introdujo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en materia de despidos colectivos, pues la imposibilidad de negociar otras medidas alternativas a la cuantía mínima prevista en el art. 51.8 de la LET implicaría la imposición de límites a la autonomía de la voluntad y chocaría con el espíritu de la Ley”. SERRANO GARCÍA. *El plan social en los Despidos Colectivos, op. cit.*, p. 216.

<sup>1143</sup> Repárese en las similitudes existentes con el régimen previsto en el Decreto 22 de julio 1928, pues, en tanto que el empresario no estaba obligado al abono de compensación alguna en caso de nueva ocupación del trabajador el sistema jurídico fomentaba la tendencia a la prolongación de los pleitos (y, especialmente, en desde que se limitan los salarios de tramitación) a la espera de que el trabajador no tuviera más remedio que desistir de su acción y buscar un nuevo empleo.

una potencial ocupación a corto o medio plazo extraordinariamente tentadora y difícilmente renunciable. Pactado en un momento de gran incertidumbre y dada la situación de necesidad que se le plantea, es ciertamente discutible que el trabajador preste un consentimiento plenamente libre; o de otro modo, que la empresa no se aproveche de su situación. Motivo por el cual es exigible que la Autoridad Laboral desarrolle un papel más activo en el control de este tipo de pactos, cerciorándose de que el ofrecimiento de un nuevo empleo no esté condicionado a la *disposición condicionada* de la indemnización, y persuadiendo a la empresa para que busque una salida a los trabajadores cesados, y así paliar un perjuicio que, no se olvide, tiene un origen en un riesgo creado por él (y del que, tampoco se olvide, se ha estado lucrando).

Respecto a la posibilidad de disminución de la cuantía, y siguiendo la exposición de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, pese a que los motivos para reducir el importe de las indemnizaciones son razonables, pues, se “proyectan con toda probabilidad sobre el futuro de la empresa y los notables problemas que en un momento de dificultad pueden existir para afrontar indemnizaciones de cuantía no desdeñable”, no puede aceptarse, “porque se hace a costa de una menor indemnización a recibir por quien en unidad de acto resulta separado, casi siempre de forma irreversible, de la empresa”<sup>1144</sup>.

A pesar de todo lo apuntado, con el beneplácito de la Autoridad Laboral, en la experiencia convencional es bastante común que se pacten cláusulas relativas al modo o bien al tiempo de pago. Respecto de estos últimos, debe entenderse que pago diferido o fraccionado no contradicen el tenor de la Ley, siempre y cuando “exista garantía suficiente sobre el cumplimiento de la obligación”<sup>1145</sup>. En cambio, todas aquellas fórmulas dirigidas a alterar el modo de pago, ofreciendo un nuevo empleo<sup>1146</sup> o bien un complemento de seguridad social deben reputarse como ilegales<sup>1147</sup>. En cuanto a la inclusión voluntaria del trabajador en un plan de jubilación anticipada, pese a que, como apunta VALDÉS DAL-RÉ<sup>1148</sup>, existe una estrecha relación entre esta fórmula extintiva y la resolución por excesiva onerosidad invocada por el empresario y, el consiguiente proceso administrativo que le acompaña, entendemos que resulta sumamente difícil rebatir que no se trata de una modalidad de extinción del contrato por

---

<sup>1144</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 303.

<sup>1145</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, op. cit., p. 11 (II). Criterio que como apunta el citado autor ha sido admitido por las SSTSJ Madrid 10 de abril 1995 (AS 1656) y Aragón 6 de febrero 1999 (AS 123). *Vid.* también STSJ Madrid 13 de junio 1996 (AS 3193).

<sup>1146</sup> STSJ Comunidad Valenciana 19 de septiembre 1996 (AS 2876).

<sup>1147</sup> En contra, SERRANO OLIVARES. *A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo (Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999)*, op. cit. (versión digital).

<sup>1148</sup> VALDÉS DAL-RÉ. *El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo I y II*, op. cit., p. 12 (II). Planteamiento recogido (Caso “Retevisión”) por las SSTSJ Madrid 5 de marzo (JUR 137810); 26 de febrero (JUR 117720); 22 de enero 2002 (JUR 87511); y 13 de noviembre 2001, rec. n° 808 a 811 (JUR 2002\41634, 41635, 41636 y 41637). Aunque posteriormente, la STS 10 de diciembre 2002 (RJ 2003\1952), entre otras, lo haya rechazado.

voluntad del trabajador, por lo que no le son de aplicación las prescripciones del art. 51 TRET<sup>1149</sup>.

2.- En cuanto a los efectos jurídicos derivados del acuerdo alcanzado tras el período de consultas, se trata de una cuestión ciertamente discutida. Debiéndose distinguir entre los acuerdos cuya eficacia está supeditada a la autorización administrativa - acuerdo de regulación de plantilla -<sup>1150</sup>, de aquéllos que tienen eficacia inmediata, pues, su validez no está condicionada al cumplimiento de dicho trámite - acuerdos dispositivos o potestativos<sup>1151</sup>. Esto es, los aspectos que constituyen el contenido obligatorio del pacto tienen una *eficacia condicionada*, mientras que los restantes disfrutan de una *eficacia y validez inmediata*<sup>1152</sup>.

Respecto de los primeros, pese al acuerdo de regulación de plantilla entre las partes, en tanto que la posterior autorización actúa como presupuesto de validez y de eficacia jurídica del pactado, significa que el empresario no puede adoptar la medida resolutoria hasta que haya obtenido la autorización administrativa pertinente<sup>1153</sup>. La eficacia jurídica del acuerdo de regulación de empleo, por tanto, “deriva de la resolución administrativa, en relación con la cual los acuerdos constituyen meros ‘elementos de convicción de carácter esencial’”<sup>1154</sup>.

Admitida la eficacia inmediata de los segundos, esto es, de los acuerdos potestativos o dispositivos, el conflicto se plantea en otro orden de aspectos: la naturaleza de la misma, esto es, obligacional o normativa (intensidad); y su eficacia personal (extensión). La clave de este

---

<sup>1149</sup> Criterio confirmado por la jurisprudencia recientemente y de forma reiterada (Caso “Retevisión”) entre otras, SSTS 10 de diciembre 2002 (RJ 2003\1952); 11 de febrero, 31 de marzo y 28 de julio 2003 (RJ 3277, 4966 y 7301) y 17 de septiembre 2004 (RJ 6977). *Vid.* también, (Caso “Compañía Sevillana de Electricidad”) SSTS 18 de noviembre (RJ 9095); 18 de julio (RJ 2005\4833); y 20 de marzo 2003 (RJ 9111).

En la doctrina, admitiendo su validez, **SERRANO OLIVARES**. *A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo (Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999)*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1150</sup> Lo que no significa que el pacto de regulación de plantilla carezca de efectos, pues, incide sobre la posterior intervención administrativa, condicionando su actuación de forma distinta a cuando no concurre un acuerdo; y, por otra parte, condiciona la actuación de la Autoridad Laboral cuando decida autorizar la medida, dado que debe respetar lo acordado por las partes en el período de consultas. **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, *op. cit.*, p. 341 y 342.

<sup>1151</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 204 y 205; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 394; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, nota 244, p. 177; y **SERRANO GARCÍA**. *El plan social en los Despidos Colectivos*, *op. cit.*, p. 93; y **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 223;

<sup>1152</sup> En contra, la STSJ Cataluña 1 de diciembre 1999 (AS 2000\396) sostiene que “el contenido del acuerdo entre empresa y la representación de los trabajadores, y con ello de los requisitos y condicionamientos que en el mismo puedan haberse establecido para llevar a efectos las extinciones de los contratos de trabajo hasta el máximo autorizado, ha pasado a formar parte de la propia resolución administrativa que autoriza el expediente de regulación de empleo y se limita a aprobar y avalar lo previsto en el mismo, de tal forma que el acuerdo tiene naturaleza vinculante de carácter normativo y a la vez obligacional, en la medida en que es parte integrante de la propia resolución administrativa y un pacto contractual entre empresa y trabajadores de necesaria aplicación”. En términos similares, SSTSJ Cataluña 13 de junio (AS 3599); y 5 de abril 2000 (AS 2270).

<sup>1153</sup> La doctrina es unánime en afirmar que el acuerdo de regulación de empleo no adquiere eficacia por sí mismo, hasta que haya sido “homologado” por la Autoridad Laboral. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 155; y **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 179; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 394 y nota 28, p. 394; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>1154</sup> **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, nota 244, p. 177.

análisis pasa por dilucidar o, mejor dicho, posicionarse respecto la naturaleza jurídica de estos *acuerdos dispositivos*. A nuestro juicio, estas transacciones colectivas son una manifestación de la autonomía colectiva, *ex art.* 37.1 CE<sup>1155</sup>, incardinables o bien en los denominados *pactos o acuerdos colectivos de empresa*<sup>1156</sup>; o bien, según las circunstancias, como convenio colectivo extraestatutario<sup>1157</sup>.

A nuestro entender, cuando el art. 51.4 TRET<sup>1158</sup> enumera el contenido *potestativo* susceptible de negociación durante el período de consultas, por tanto, sin circunscribirse a la mera aceptación o denegación de la propuesta empresarial, y se refiere explícitamente a la “consecución de un acuerdo” y la garantía de representación, está reconociendo o tipificando legalmente un *acuerdo de empresa* de “*función reguladora*” (diferenciado, por tanto, de la medida de reorganización que propone el empresario), paralelo al expediente administrativo y cuyo contenido se refiere a las medidas paliativas dirigidas a los trabajadores afectados por la medida empresarial y/o a posibilitar, además, la continuidad del proyecto empresarial (por ende, de los trabajadores que permanecen a él vinculados)<sup>1159</sup>.

---

<sup>1155</sup> La concurrencia de los requisitos de legitimación y de adopción de acuerdos, coincidentes con los impuestos para los convenios colectivos estatutarios; la amplitud potencial de contenidos susceptibles de negociación; la posibilidad de que mediante este tipo de acuerdos se modifiquen convenios colectivos; la posibilidad de veto de los representantes de los trabajadores respecto; la no sujeción a la autorización administrativa; la posibilidad de impugnación de los laudos arbitrales que puedan dictarse mediante el mismo cauce que el previsto para los laudos que resuelven las controversias derivadas de la aplicación de los convenios; y, en definitiva, la existencia de un verdadero proceso negociador, parecen corroborar este planteamiento. En contra, SÁEZ LARA sostiene que la “naturaleza de los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores no puede aprehenderse exclusivamente desde la óptica del art. 37.1 de la CE”; encontrando mejor aprehensión desde la perspectiva de las competencias de participación de los representantes de la empresa”. SÁEZ LARA. *Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 556 y 557. QUINTANILLA NAVARRO, adopta una posición intermedia, y sostiene que los acuerdos de empresa, en tanto que su función principal es limitar el poder de dirección del empresario, responde al resultado de la unión de los derechos de la negociación colectiva y de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. QUINTANILLA NAVARRO. *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, *op. cit.*, p. 30 y 31.

<sup>1156</sup> Sintéticamente, los acuerdos de empresa, son “uno de los posibles productos de la negociación colectiva” y, por ende, manifestación de la autonomía colectiva (como categoría negocial específica), tipificada normativamente (y, por ende, estatutarios), que vienen a “cumplir, en su limitado ámbito funcional y material, algunas de las funciones clásicas del convenio colectivo típico”. La principal, una *función reguladora* (o en los supuestos de descuelgue, *de ruptura* del régimen normativo establecido). El acuerdo de empresa, de ámbito siempre empresarial, debe ser negociado por el empresario y los representantes (unitarios o sindicales) de los trabajadores, debiéndose limitar a determinados aspectos de las relaciones de trabajo legalmente establecidos (arts. 22.1, 24.1, 29.1, 31, 34.2, 34.3, 67.1, 78, 41.2, 44.4 y 82.3 TRET y 10.2 LOLS), y situado en una posición jerárquica inferior al convenio, como fuente de regulación alternativa y supletoria. GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, *op. cit.*, p. 49, 50, 53. Para SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO el acuerdo de empresa es un *tertium genus* o híbrido que “participa del régimen jurídico de los convenios colectivos estatutarios a los que sustituye y subsidia (temas de legitimación, eficacia jurídica y eficacia personal) y de los convenios colectivos extraestatutarios (temas de procedimiento, impugnación y modificación sustancial)”. SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO. *Los acuerdos o pactos de empresas*, *op. cit.*, p. 20. *Vid.* también, ALFONSO MELLADO, PEDRAJAS MORENO, y SALA FRANCO. *Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*. RL 1995 - I, p. 1390 a 1394; y GONZÁLEZ VELASCO. *Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales*. RL 1996 - II, p. 267.

<sup>1157</sup> La posibilidad de pactar un convenio colectivo extraestatutario, pese a ser admisible, dependería de que no se sometiera ni al procedimiento de elaboración y tramitación previstos en el Título III del TRET ni tampoco al previsto para los acuerdos de empresa. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 185

<sup>1158</sup> Y, del mismo modo, los arts. 40.2, 41.4 y 47 TRET.

<sup>1159</sup> Criterio que parece defender GARCÍA MURCIA cuando afirma que “parece claro que la ley alude, al menos implícitamente, a un acuerdo que no se limite a la aceptación o desaprobación de la propuesta empresarial, sino,

En suma, entendemos que, derivado del período de consultas, junto al pacto de reorganización empresarial, centrado en la aceptación de la propuesta empresarial (derivado del derecho de participación), *puede* concurrir un acuerdo o pacto de empresa *típico* (cumpliendo una *función reguladora* y, por tanto, manifestación de la autonomía colectiva), paralelo e íntimamente vinculado al de reorganización productiva, pero específicamente relativo al destino de los trabajadores afectados y/o a la continuidad del proyecto empresarial<sup>1160</sup>. Debiéndose respetar, si fuera el caso, las limitaciones sustantivas y los cauces legales habilitados al efecto para proceder a otras modificaciones de la regulación vigente en la empresa o en el convenio colectivo aplicable<sup>1161</sup>. Lo que no debe interpretarse como una llamada a la realización de otro

---

que al mismo tiempo, incluya previsiones más o menos directas sobre las condiciones de aplicación de las medidas correspondientes y, en su caso, sobre el devenir de las relaciones que pudieran verse afectadas”. En definitiva, “la apertura de un período de consultas supondrá, pues, el inicio de un proceso negociador cuya conclusión no tiene por qué ser exclusivamente la aprobación o rechazo de la iniciativa empresarial; también puede culminar en un conjunto de reglas o cláusulas sobre las condiciones de trabajo, lo cual le atribuye con más claridad el carácter de típico acuerdo de empresa”. **GARCÍA MURCIA**. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, *op. cit.*, p. 55 y 56. En términos similares, **ELORZA GUERRERO**. *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>1160</sup> Repárese que, a diferencia del acuerdo de regulación de plantilla, los acuerdos potestativos no afectan *directamente* a la decisión resolutoria empresarial, ni tampoco tienen por qué agotarse en su propio cumplimiento, pues, pueden tener vocación de permanencia (la referencia a la continuidad del proyecto empresarial así lo corrobora), con incidencia en el sistema de fuentes creando acuerdos de empresa sobre aspectos no regulados con anterioridad (respecto del destino de los trabajadores afectados y de las medidas que posibiliten la continuidad empresarial).

Por otra parte, cabe plantearse si cabe pactar acuerdos de empresa más allá de los supuestos legales. La doctrina no es pacífica al respecto. Un sector entiende que los acuerdos de empresa tienen su fundamento en la autorización o convalidación legal – estatutaria o convencional –, o bien sin ninguna prohibición legal o convencional aparecen a la vida jurídica espontáneamente con la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo de los afectados. **APILLUELO MARTÍN**. *Los Convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994*, *op. cit.*, p. 141. Sin embargo, el criterio mayoritario se decanta por negar la posibilidad de pactar acuerdos de empresa más allá de los supuestos legales, **SÁEZ LARA**. *Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 552; **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral (I y II)*. AL 1995 - I, p. 96; **OJEDA AVILÉS**. *Delimitación de los acuerdos de empresa y pactos colectivos*. AL 1995 - I, p. 256; y **SALA FRANCO, ALFONSO MELLADO y PEDRAJAS MORENO**. *Los acuerdos o pactos de empresas*, *op. cit.*, p. 23. Por otra parte, los acuerdos de empresa pueden operar tanto como “instrumentos de integración ante la inexistencia de regulación convencional colectiva o ante la ausencia de regulación de la materia de que se trate en el convenio de sector”. **CASAS BAAMONDE**. *Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos*. RMTAS n° 3, 1997, p. 232.

<sup>1161</sup> Sólo a partir de esta interpretación *atomista* es posible soslayar los problemas de constitucionalidad que se derivarían de la sujeción de lo que sin duda es un fruto de la autonomía colectiva a la autorización administrativa (aunque se entendiera que es prevalentemente reglado, automático o de mera comprobación). **MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 180 y 181. García Fernández habla de “singularidad respecto al sistema de negociación colectiva derivada del art. 37.1 de la Constitución Española”. **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, *op. cit.*, p. 115.

En este sentido, la STSJ Canarias (Tenerife) 26 de enero 2004 (AS 473) afirma en tanto que la resolución que resuelve el expediente de regulación de empleo sólo autorizó las resoluciones contractuales, no puede aceptarse que la empresa proceda a trasladar forzosamente a un colectivo de trabajadores sin seguir el procedimiento establecido al efecto, alegando que dicha posibilidad se había previsto en el plan social firmado por la empresa y la representación de los trabajadores. De tal modo que “para proceder al traslado de los actores la empresa tenía que utilizar otra vía autónoma independiente del ERE y del acuerdo del plan social integrado este en el ERE vía que no podía ser otra que la del art. 40 del ET bien la individual o la colectiva”. En términos similares, STSJ Baleares 22 de septiembre 2005 (AS 3604). En contra, en la doctrina, **SERRANO OLIVARES**. *Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica*, *op. cit.*, p. 106.

En cambio, la STSJ Baleares 21 de septiembre 2001 (AS 4483), parece sostener un criterio diferente con respecto a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pues, afirma que el ERE “concede a los afectados, como opción voluntaria a la extinción de sus contratos, la posibilidad de mantener su relación laboral en condiciones

proceso de negociación separado, sino que, por razones de funcionalidad, bastará con la negociación en curso, siempre, claro está, que cumpla con los requisitos procedimentales previstos legalmente<sup>1162</sup>.

No obstante, la identificación de la naturaleza jurídica de estos *pactos potestativos* con los *acuerdos de empresa*, no solventa los principales problemas que suscita esta manifestación de la autonomía colectiva porque, como se sabe, el Legislador ha eludido pronunciarse sobre cuestiones “que atañen a su naturaleza jurídica, su modo de elaboración, su eficacia jurídica y personal, o su articulación con otras fuentes”<sup>1163</sup>. Sin voluntad de extenderse en exceso al respecto, por exceder del objeto de estudio, baste apuntar algunos elementos de análisis básicos únicamente respecto a la *extensión e intensidad* de su eficacia.

Al respecto, la discusión debe reconducirse, como ha apuntado la doctrina, al problema hermenéutico derivado del término constitucional “fuerza vinculante”<sup>1164</sup>. En este sentido, la expresión, “efecto vinculante”, pese a ser discutida, entendemos que puede identificarse con la denominada “eficacia normativa”<sup>1165</sup>. A partir de esta premisa, a nuestro juicio, puede afirmarse

---

distintas a las mantenidas, por lo que no procede entrar en el estudio de si el pacto suscrito por el Comité de Empresa podía contener tales modificaciones de las condiciones de tiempo previstas en el Convenio Colectivo”.

<sup>1162</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, op. cit., p. 121.

<sup>1163</sup> GARCÍA MURCIA. *Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa*, op. cit., p. 39.

<sup>1164</sup> SÁEZ LARA. *Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., p. 556; y MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 184.

<sup>1165</sup> Como sintetiza SOLÀ MONELLS (que aboga por la mismo planteamiento), recogiendo la tesis de CORREA CARRASCO, la eficacia normativa implica el reconocimiento de tres efectos: “efecto automático” (inmediata imposición a las partes sin necesidad de incorporar sus cláusulas o estipulaciones al contenido del contrato de trabajo); “efecto inderogable *in peius*” (imposibilidad de que aquéllas partes alteren su contenido en perjuicio del trabajador); y “efecto sustitutivo” (ineficacia de las cláusulas contractuales que se opongan al acuerdo, empeorando sus condiciones o renunciando a derechos allí reconocidos). SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 429.

El TC, analizando la eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios, parece haber admitido la identificación entre eficacia normativa y fuerza vinculante, (SSTC nº 58, 29 de julio 1985, RTC 58; nº 151, 23 de mayo 1994, RTC 151). Aunque también es cierto que, en otras ocasiones, ha afirmado la vinculación entre el carácter normativo de los convenios colectivos y las exigencias de legitimación para concertarlos establecidas en el Título III del TRET (STC nº 73, 27 de junio 1984, RTC 73; en términos similares, aunque con cierta ambigüedad, STC nº 208, 28 de junio 1993, RTC 208). La STS 21 de enero 1997 (RJ 622) sostiene que el acuerdo derivado del art. 51.5 TRET, es “un pacto o convenio impropio, fuera del convenio estatutario, pero que [es] un producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocida en el art. 37 CE; un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas; que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y los contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores”.

En la doctrina, RIVERO LAMAS entiende que la Constitución atribuye “eficacia directa” a los convenios recogidos en el texto constitucional, de tal modo, que se imponen “a las relaciones individuales incluidas en sus ámbitos de aplicación de forma imperativa y automática, sin precisar de mecanismos de contractualización”. RIVERO LAMAS. *Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal*. RMTAS nº 3, 1997, p. 110 y 112 (*ibid.* también p. 116 a 119). APILLUELO MARTÍN afirma que “el convenio colectivo extraestatutario no tiene eficacia general sino limitada a los contratantes y representados. Su eficacia vinculante de la que viene dotado desde la Constitución es limitada respecto de la eficacia general que despliegan los convenios estatutarios. Desde ese ángulo, la limitación de sus efectos no puede cohererarse con los efectos generales que toda norma produce, pareciéndose entonces más a los contratos, cuya eficacia o fuerza de obligar es solamente entre los contratantes y sus representados según los dictados del Derecho Común”. Ahora bien, “esa eficacia contractual que es evidente que la tienen significa que sus efectos – pactados colectivamente por los representantes de los trabajadores – van a desplegarse sobre los contratantes y representados, porque cuando los efectos han entrado en la esfera de todos los

que la *intensidad* de la eficacia del *acuerdo potestativo* es normativa, porque así se deriva del art. 37.1 CE<sup>1166</sup>; y, en relación a su *extensión* debe entenderse general, debiéndose tener en cuenta que, la misma implica que lo pactado “puede aplicarse a todos los trabajadores incluidos en su ámbito, no que tenga que aplicarse a esos trabajadores”<sup>1167</sup>. Así, por ejemplo, como apunta DEL REY GUANTER, las cláusulas relativas a la indemnización por resolución desarrollan una eficacia normativa<sup>1168</sup>. Y respecto de la eficacia de los pactos que acuerden la modificación de las condiciones de trabajo deberá estarse a lo previsto en el art. 41 TRET<sup>1169</sup>.

---

trabajadores incluidos, es decir de forma colectiva, participan de su naturaleza convencional normativa más que de su naturaleza estrictamente contractual”. APILLUELO MARTÍN. *Los Convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1994*, op. cit., p. 134 a 136. Sostiene la eficacia normativa derivada de la fuerza vinculante ex art. 37 CE, SERRANO GARCÍA. *La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o dispositivo?*, op. cit., p. 555 y 556.

Para QUINTANILLA NAVARRO, en cambio, la expresión “fuerza vinculante”, ex art. 37.1 CE, “viene determinada en su proyección y significado por lo que el Legislador determine”. Por ello, del citado precepto, no puede extraerse “la consideración normativa de los convenios”, debiéndose acudir a lo previsto en el Título III del TRET. QUINTANILLA NAVARRO. *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, op. cit., p. 37 y 38.

Adoptando una postura intermedia, GORELLI HERNÁNDEZ, partiendo de base de que el término “eficacia normativa” es equivalente a “eficacia de norma jurídica y por tanto fuente del derecho”, estima que la fuerza vinculante no es, en principio, equivalente a la eficacia normativa, pues la literalidad del precepto así lo indica; ahora bien, tampoco es admisible acudir a la simple eficacia contractual [porque, en otro pasaje, afirma expresivamente, que “para este viaje no hacían falta tales alforjas”]. Desde mi punto de vista [prosigue] la fuerza vinculante supone una especial eficacia jurídica, a tenor de la cual el contenido normativo del acuerdo se va a imponer a las relaciones individuales de trabajo, a la voluntad bilateral del empresario y trabajador, sin requerir la aceptación expresa de las partes. Esta posición no prejuzgaría sobre el carácter de fuente del Derecho o no, pues podría referirse tanto a instrumentos que son fuente del Derecho como a otros que no lo sean, encajando con el pluralismo tipológico existente en nuestro sistema de negociación colectiva”. GORELLI HERNÁNDEZ. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, op. cit., p. 30, 32 y 33. OJEDA AVILÉS, entiende que los acuerdos de empresa son contratos con eficacia *erga omnes*, esto es, “negocios jurídicos bilaterales con prestaciones sinalagmáticas”, aunque su eficacia no está restringida a los afiliados a las organizaciones firmantes. OJEDA AVILÉS. *Delimitación de los acuerdos de empresa y pactos colectivos*, op. cit., p. 264.

<sup>1166</sup> Sin perjuicio, a nuestro entender, que las partes decidan incluir cláusulas típicamente obligacionales, esto es, dirigidas únicamente a los sujetos negociadores.

<sup>1167</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, op. cit., p. 125. SÁEZ LARA, pese a subsumir los acuerdos de empresa en el derecho de participación y no de negociación colectiva, defiende la “eficacia automática o de manera inmediata sobre las relaciones individuales” y su efecto vinculante a trabajadores y empresarios (impidiendo la contratación en masa, pero admitiendo, no obstante, la desvinculación contractual del acuerdo colectivo). SÁEZ LARA. *Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico*, op. cit., p. 560 y 561.

En cambio, para QUINTANILLA NAVARRO, el hecho de que el Legislador no haya incluido a los acuerdos de empresa en el T.III del TRET, con el fin de crear una figura más flexible y adaptable que el convenio colectivo regular, enviándolo fuera del mismo, implica que “el acuerdo de empresa no obtenga ni la consideración ni la eficacia jurídica de norma, sino de mero contrato”. QUINTANILLA NAVARRO. *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, op. cit., p. 37.

<sup>1168</sup> DEL REY GUANTER. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 205.

<sup>1169</sup> En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 24 de marzo 2004 (AS 3117), resulta sumamente interesante (especialmente, porque debilita extraordinariamente la virtualidad de lo acordado). En concreto, se trata de un supuesto en el que se alega el incumplimiento por parte de la empresa de lo acordado en el ERE, consistente en el compromiso de la empresa de intentar reducir el número de ceses autorizados, así como a adoptar medidas de movilidad geográfica y funcional alternativas. El Tribunal entiende que no se ha incumplido el contenido del acuerdo, porque, “no consta que en el acuerdo entre la empresa y los representantes se estableciera la movilidad geográfica y funcional como un mecanismo en todo caso prioritario y de cumplimiento obligatorio para la empresa en lugar de las extinciones acordadas; segundo, aunque así fuera, no consta que la movilidad geográfica y funcional que la parte recurrente defiende como prioritaria sirviera mejor y más efectivamente a los objetivos pretendidos con el ERE en el caso concreto que afecta al trabajador; y, tercero, tampoco consta que los puestos de trabajo ofertados pudieran ser ocupados por el trabajador cuyo contrato es objeto de extinción puesto que, tal y como se refiere en el relato de hechos probados, los puestos ofertados a través de la página Web de la empresa correspondían a la

Ahora bien, respecto las cláusulas dirigidas a regular individualmente el *destino* de los trabajadores *cesados* (compromisos de reincorporación o de recolocación en otra empresa del grupo, planes de formación dirigidos a mantener la profesionalidad de los trabajadores, etc.), difícilmente pueden calificarse como normativas, pues, extinguido el contrato, ya no puede entenderse que estén incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo de empresa; y, por ello, desarrollan una eficacia de carácter obligacional<sup>1170</sup>.

### **iii.- Fase de instrucción.**

La solicitud de iniciación del expediente por parte del empresario precipita la instrucción administrativa del procedimiento impulsada de oficio<sup>1171</sup>. Desde este instante, la Autoridad Laboral debe realizar una serie de actuaciones dirigidas a determinar, conocer y comprobar los datos que basarán la fundamentación de su resolución<sup>1172</sup>; pudiéndose distinguir dos tipologías de actuaciones diferenciadas<sup>1173</sup>. Con carácter imperativo, el órgano administrativo debe dar traslado de la solicitud a la entidad gestora de la prestación por desempleo, entregándole la documentación que obre en su poder a los efectos de la emisión de un posible informe (art. 9.1 RPRE'96). También con carácter preceptivo, y sin efecto vinculante<sup>1174</sup>, la Autoridad Laboral debe recabar el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, analizando las causas motivadoras del expediente – y de cuantos otros extremos resulten necesarios para resolver fundadamente (art. 9.2 RPRE'96)<sup>1175</sup>.

---

categoría de agentes de televentas, de rango y salario inferior al correspondiente al trabajador recurrente (nivel de agente IV). Ni siquiera con relación a la plaza de Asesor ONO (cuyo contenido concreto no consta) en Algeciras, queda acreditada una eventual solicitud del trabajador”.

<sup>1170</sup> La misma conclusión en, **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 205. Comparte este criterio, **FUSTÉ MIQUELA**. *Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal*, op. cit., p. 263 y 264.

<sup>1171</sup> Dentro de la fase de instrucción pueden tener lugar diversas actuaciones: alegaciones, prueba, informes, información pública y audiencia. *Vid.* al respecto, **DESDENTADO DAROCA**. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, op. cit., p. 539.

<sup>1172</sup> **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 399.

<sup>1173</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 250.

<sup>1174</sup> No obstante, como recoge **NAVARRO NIETO**, si la Inspección identificara un indicio sobre abuso de derecho o fraude de ley, cabe pensar que el carácter materialmente determinante del informe. **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 215. En cambio, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS** afirman que “ninguno de los referidos informes se configura con eficacia jurídica vinculante para la Autoridad Laboral decisoria”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 251 y 252.

<sup>1175</sup> Atendiendo a la interpretación mantenida en este trabajo, la Inspección de Trabajo debe valorar si concurre la excesiva onerosidad sobrevenida alegada, lo que implica que, no sólo está facultada para valorar la entidad del desequilibrio que sostiene el empresario, sino que, además, en la tarea de valorar la objetividad del mismo, está facultada para realizar el juicio de razonabilidad. Por lo tanto, no sólo ante la eventualidad que el período de consultas finalice sin acuerdo, como asevera **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en*



Todo ello, sin perjuicio de que la Autoridad Laboral solicite, tanto a entes públicos como privados, cuantos informes estime necesarios, siempre que justifique la conveniencia de su reclamación y especifique la información que reclama<sup>1176</sup>. Finalmente, la Autoridad Laboral está facultada para ordenar la paralización de las medidas adoptadas por el empresario que pudieran hacer ineficaz el resultado del pronunciamiento administrativo (art. 9.3 RPRE'96)<sup>1177</sup>.

Finalizado el período de consultas y practicada la información oportuna, la Autoridad Laboral debe proceder al trámite de audiencia a los interesados (art. 10 RPRE'96)<sup>1178</sup>. Trámite destinado no sólo a que el interesado formule sus alegaciones, sino que además pueda tener

---

*el Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 399; y VÁZQUEZ GONZÁLEZ. El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo. REDT nº 71, 1995, p. 385*

En lo relativo al contenido del informe, debe entenderse en términos flexibles o extraordinariamente amplios, pudiendo referirse tanto a la “descripción de las circunstancias y su valoración técnica” como a una “valoración jurídica”, de la que cabe deducir una propuesta de decisión. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos, op. cit., p. 213 y 214; y GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 399*. Por otra parte, la exigüidad de los plazos legalmente establecidos para emitir el informe preceptivo (evacuación en el plazo de 5 o 10 días naturales – para empresas de 50 o más trabajadores - desde la solicitud, debiendo estar en poder de la Autoridad Laboral con anterioridad a la finalización del período de consultas) ha sido objeto de crítica por entenderse que dificultaba las labores de investigación de la Inspección de Trabajo. Se ha afirmado que este sistema puede derivar en un análisis “parcializado” de la situación, pues, la falta material de tiempo y la simultaneidad de la fase de instrucción con la fase de negociación, dificulta que la Inspección pueda contrastar la información que opera en su poder con las opiniones de los trabajadores, traduciéndose, a la postre, en la redacción del informe sobre la base únicamente a la documentación obrante en el expediente. Extremo que paralelamente impide que el informe también recoja los cambios que pudieran derivarse de dicha negociación, con el “evidente riesgo de que el informe resulte ‘confuso e inservible para la autoridad laboral’”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 251 y 252*. Circunstancia que puede agravarse si el acuerdo se obtiene con anterioridad, o bien, el empresario aporte el acuerdo junto con la solicitud de iniciación. Motivo por el cual, se entiende que debe respetarse en todo caso el plazo máximo de que dispone la Inspección y, por ende, relativizar la regla que obliga a entregar el informe con anterioridad a la finalización del período de consultas. NAVARRO NIETO, *op. cit., p. 212*. En términos similares, pero respecto de la suspensión por causas de empresa, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit., p. 347 y 348*. En contra, VÁZQUEZ GONZÁLEZ. *El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo, op. cit., p. 386*.

<sup>1176</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 252*.

<sup>1177</sup> En este sentido, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ propone que la supresión del término “competente” (respecto de la redacción anterior) podría interpretarse como una habilitación a las “autoridades laborales no competentes” que tuvieran conocimiento de hechos que pudieran calificarse como relevantes, sin perjuicio de su posterior puesta en conocimiento del trámite efectuado a la Autoridad Laboral competente. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit., p. 400*.

<sup>1178</sup> GOERLICH PESET sostiene que finalizada la fase de instrucción, “habrán de realizarse necesariamente las actuaciones de vista y audiencia”. GOERLICH PESET. *El despido colectivo, op. cit., p. 164*. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, pese a que, en virtud del art. 84.4 LRJPAC es “posible prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”, afirman que dicho trámite “sólo muy excepcionalmente podrá no ser realizado”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit., p. 253*. En cambio, otros autores, pese admitir que el art. 10 RPRE'96 está redactado en términos generales, sostienen que este trámite únicamente tiene sentido cuando la consulta haya concluido sin acuerdo, o cuando la Autoridad Laboral estime que el acuerdo se ha concluido mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. FUENTES RODRÍGUEZ. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos, op. cit., p. 178*. NAVARRO NIETO, entiende que el trámite de audiencia sólo es preceptivo en los supuestos en los que el período de consultas hubiera finalizado sin acuerdo. Además, la audiencia “sólo es obligatoria para el supuesto de que figuren en el expediente y puedan incidir en la resolución ‘otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aducidos por las mismas’ parte”, entendiéndose por tal, al empresario y a los representantes de los trabajadores (quedando, por tanto, excluidos los trabajadores individuales). NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos, op. cit., p. 217 y 218*. En contra, GOERLICH PESET, *op. cit., p. 164*.

conocimiento de la totalidad del expediente, permitiéndole así realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a todo lo actuado en el procedimiento<sup>1179</sup>.

#### ***iv.- Fase de decisión.***

La fase de decisión, esto es, la emisión de una resolución, queda abierta desde el instante de la comunicación empresarial de la finalización del período de consultas. La autorización administrativa constituye un acto administrativo establecido legalmente como presupuesto para la válida extinción de determinadas relaciones jurídico-privadas, porque se entiende que son merecedoras de una especial tutela no sólo jurisdiccional sino de orden administrativo<sup>1180</sup>.

La Autoridad Laboral, notificada la finalización del período de consultas, debe analizar la solicitud presentada y decidir si la autoriza o no. Sin embargo, su intervención está sustancialmente condicionada por el resultado del período de consultas. Extremo que se expone a continuación:

1.- Finalizado el período de consultas con acuerdo<sup>1181</sup>, la Autoridad Laboral, en un plazo de quince días naturales, debe optar entre autorizar la *medida resolutoria* acordada<sup>1182</sup>; o bien, impugnar el *acuerdo de regulación de plantilla*, debiéndolo remitir de oficio a la jurisdicción social (art. 146.b TRLPL<sup>1183</sup>) para que se pronuncie sobre su validez (iniciación que suspende el plazo para dictar resolución, art. 51.5.2º TREI). Proceso en el que el silencio administrativo se estima positivo<sup>1184</sup>. Se afirma que el papel de la Autoridad Laboral en estos supuestos es

---

<sup>1179</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 254; y **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 220.

<sup>1180</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 264.

<sup>1181</sup> Según los datos estadísticos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-2., ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)), en el año 2007, de los 2.319 expedientes de regulación de empleo presentados, 2.190 finalizaron con acuerdo y 129 sin acuerdo (un 5'56 %).

<sup>1182</sup> Recordar que lo que único que está sujeto a autorización administrativa es lo que se denominado como *contenido obligatorio*.

<sup>1183</sup> Pese a que dicho precepto sólo se refiera al “dolo, coacción o abuso de derecho” y se omita la referencia al “fraude de ley”. Superando esta deficiente “técnica jurídica”, entendiendo que se encuentra subsumido en el concepto de abuso de derecho, STSJ Baleares 21 de septiembre 2001 (AS 4483); y Cataluña 12 de diciembre 2002 (AS 2003\265).

<sup>1184</sup> Lo que no obsta que el empresario deba solicitar una certificación de acto presunto, *ex art. 43.5 LRJPAC*. *Vid.* al respecto, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 424; y, extensamente, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 291 a 296. Lo que para un sector considerable de la doctrina supone una ampliación implícita del plazo para emitir la resolución, dado que dicha certificación debe ser librada en un plazo de quince días. Por tanto, entiende que a los 15 días, debe sumársele los quince citados. **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 166. En términos similares, **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo*, op. cit., p. 300 y 297; **DESDENTADO DAROCA**. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, op. cit., p. 545; y **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**, op. cit., p. 294 y 295. En contra, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 240 a 246.

ciertamente restringido, motivo por el cual se habla de “homologación del acuerdo”<sup>1185</sup>, de actuación de “carácter reglado”<sup>1186</sup> o de “proceso casi automático”<sup>1187</sup>. No obstante, si bien es cierto que la Autoridad Laboral no tiene capacidad para declarar la validez o no de lo acordado, pues, debe forzar un pronunciamiento judicial<sup>1188</sup>, ni tampoco puede plantear alternativas a las medidas propuestas, ni tan siquiera disminuir la intensidad de lo solicitado (pues, está estrictamente vinculada al contenido del acuerdo de resolución alcanzado<sup>1189</sup>), el hecho de que se le reconozca una facultad para impugnar el acuerdo permite afirmar que su intervención no puede ser *estrictamente reglada*. En efecto, al tener reconocida la capacidad para evaluar la adecuación de lo pactado a la legalidad vigente conforme a los parámetros que en ella se establecen, no puede dejar de reconocerse un margen de apreciación discrecional en su actuación evaluadora<sup>1190</sup>. Lo que no quita, por ejemplo, que pueda admitir parcialmente el acuerdo alcanzado y reduzca el número de trabajadores que pueden ser cesados<sup>1191</sup>.

Muestra de ello es que la Autoridad Laboral, de oficio o a instancia de parte, *debe* impugnar el acuerdo de regulación de plantilla si estima que concurre fraude, dolo, coacción o

---

En cambio, la STSJ País Vasco 18 de septiembre 2001 (JUR 322649), afirma que “el art. 51.5 párrafo 1º del Estatuto de los Trabajadores dice que la Autoridad Laboral cuenta con quince días para dictar resolución autorizando el despido colectivo, si el período de consultas hubiera finalizado mediante acuerdo, que es lo que ocurrió en el presente caso. Y si dejare transcurrir ese plazo, se considerará que tácitamente, esto es, por silencio administrativo, se ha producido la autorización. En relación a estas disposiciones, el siguiente párrafo del precepto citado dispone que, con suspensión del plazo para dictar resolución, la Autoridad Laboral remitirá a la Judicial el expediente si en el acuerdo apreciare fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Por consiguiente, esta última decisión ha de tomarla dentro del plazo para pronunciarse expresa o tácitamente, por lo que si la decisión la toma con posterioridad, no tendrá eficacia porque el acuerdo de las partes habrá quedado convalidado por silencio administrativo”. Por su parte, la STS [C-A] 19 de abril 1995 (RJ 3350) – *cit. NAVARRO NIETO, op. cit.*, p. 245 y 246 – sostiene (en base al ET’80 y al Decreto 696/1980, 14 de abril – en adelante, REMSE’80), Aplicación a expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo – en adelante, REMSE’80) que “no puede argumentarse válidamente ni que la resolución tardía y extemporánea es sólo una irregularidad no invalidante, ni que para la regulación de empleo se requiere en cualquier caso una autorización administrativa, ya que no pueden adquirirse por silencio derechos o situaciones jurídicas contrarias a la Ley. En cuanto al primer punto resulta desvirtuado porque la resolución tardía cuando la Ley prevé un efecto afirmativo del silencio no es sólo un defecto de forma sino que, en caso de ser denegatoria, constituye una auténtica revocación de un derecho adquirido. En cuanto a la necesidad de autorización ello es claro conforme a la Ley, pero el silencio positivo es precisamente un mecanismo corrector que establece la misma ley cuando la Administración no se pronuncie sobre la autorización, y desde luego el transcurso del plazo del silencio da lugar a los mismos efectos que la autorización solicitada”.

<sup>1185</sup> **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo, op. cit.*, p. 155.

<sup>1186</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico, op. cit.*, p. 279; y **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit.*, p. 204.

<sup>1187</sup> **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit.*, p. 350.

<sup>1188</sup> Motivo por el que la doctrina habla de “control mediato o indirecto”, **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 222.

<sup>1189</sup> Salvo que concorra alguna de las circunstancias previstas en el art. 51.5.2º TRET, “la autoridad laboral ni puede dejar de autorizar el acuerdo ni puede modificarlo”. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores), op. cit.*, p. 204. En términos similares, **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo, op. cit.*, p. 154; y **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos, op. cit.*, p. 179.

<sup>1190</sup> Repárese que la expresión “homologar”, según **VIDA SORIA**, “equivale a controlar la legalidad y regularidad del procedimiento, a lo cual se podría añadir el control de la inexistencia de fraude”. **VIDA SORIA**. *Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo), op. cit.*, p. 24.

<sup>1191</sup> En este sentido, RDGRL 26 de mayo 2007 (Exp. 66/07).

abuso de derecho o bien entiende que se persigue la obtención indebida de la prestación de desempleo (art. 51.5.2º TRET)<sup>1192</sup>.

En el supuesto que autorice lo acordado, el empresario está facultado para proceder a las resoluciones en los términos pactados<sup>1193</sup>.

2.- Si el período de consultas finaliza sin acuerdo, la actividad de la autoridad administrativa deberá resolver la solicitud presentada por el empresario, estimándola o desestimándola en todo o en parte (en un plazo de 15 días, calificándose el silencio como positivo<sup>1194</sup>) – arts. 51.6 TRET y 12 RPRE'96. En el desarrollo de esta tarea, la Administración dispone de un margen de discrecionalidad considerable. Debe valorar si efectivamente concurre una excesiva onerosidad, y para ello debe comprobar, primero, si se ha producido un

---

<sup>1192</sup> Enumeración que para un sector de la doctrina no tiene carácter exhaustivo, sino meramente enunciativo, por lo que el acuerdo está sometido a las reglas genéricas establecidas en el derecho común. **CABEZA PEREIRO**. *El proceso de oficio como instrumento de control de las modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales de los arts. 41, 47 y 51 ET*, op. cit., p. 503. Recogiendo esta opinión, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., nota 382, p. 353 y 354. En cuanto a la definición de estos conceptos la STS 15 de julio 1994 (RJ 7157) ha señalado que: “a) Consiste el dolo, como vicio de la voluntad en la formación del contrato, en la conducta voluntaria e intencionada de una parte que provoca, con maquinaciones insidiosas, que otra parte suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica no se hubiera producido (...). En definitiva, el dolo presupone que uno de los contratantes, conscientemente - como se deduce de la expresión ‘insidiosas’ del artículo 1269 del CC - pretende determinar la voluntad de su contraparte en el sentido por aquel previsto y querido, de modo que sin la conducta dolosa no se hubiera llegado a alcanzar el acuerdo. b) La intimidación, definida en el artículo 1267 del CC, requiere, a efectos de provocar la nulidad del acto jurídico, que uno de los contratantes valiéndose de un acto injusto - y no, por tanto, del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho - ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral (vis compulsiva) de tal entidad que, por la inminencia del daño que pueda producir y por el perjuicio que hubiera de originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses. c) El concepto del abuso de derecho, recogido en el artículo 7.2 del CC, ha venido siendo configurado por la jurisprudencia como integrado por estas notas esenciales: 1.ª Uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.ª Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva con la intención de perjudicar o bajo formas objetivas, cuando el daño proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Aunque el alcance del abuso del derecho sobre el acuerdo del empresario y representante de los trabajadores es más amplio que los vicios antes señalados de dolo y coacción, en la praxis judicial se ha mantenido concretamente, como mecanismo para obtener el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores o para evitar connivencia entre empresarios y tales representantes legales de en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores”.

En lo relativo a la descripción del fraude (genéricamente o la relativa a la obtención indebida de la prestación de desempleo) no cabe duda, como se ha apuntado, que la Autoridad Laboral esté facultada para comprobar si concurre la causa resolutoria alegada por el empresario (si no fuera de este modo, difícilmente podría comprobar si concurre una situación de fraude, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 356). En cuanto a quién puede proceder a su invocación, se entiende que mientras que el fraude y el abuso de derecho deben ser invocados por un tercero ajeno a la negociación, el dolo o coacción, el vicio sólo puede ser alegado por aquella de las partes del acuerdo que lo sufrió. Criterio último que parece que debería flexibilizarse por cuanto cabe la posibilidad de que quien sufra dolo lo desconozca, o bien, que la coacción persista e impida que se ponga de manifiesto. **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 179 y 180.

<sup>1193</sup> Sin la preceptiva autorización, el empresario no está facultado para resolver el contrato, pese a que se hubiera alcanzado un acuerdo, motivo por el cual la decisión extintiva debe calificarse como nula *ex art.* 124 TRLPL. STSJ Murcia 13 de octubre 1999 (AS 3393).

<sup>1194</sup> Con anterioridad, tras una primera fase en la el silencio administrativo implicaba la autorización de la medida propuesta (art. 3, último párrafo DCr'44), el Decreto 22 de octubre 1959 (BOE 27 de octubre) declara que el silencio administrativo (transcurridos 30 días) debe entenderse desestimatorio de la pretensión solicitada (artículo único). En términos similares, el art. 16 DPE'72 califica el silencio administrativo como una denegación de la petición empresarial. Ni la LRL'76 ni el RDLRT'77 manifiestan nada al respecto. Finalmente, el 51.6.2º ET'80 (y el art. 18.2 REMSE'80) también califica el silencio como negativo.

desequilibrio contractual (un exceso del *alea* normal)<sup>1195</sup>; y, segundo, si responde a parámetros objetivos, esto es, desvinculado de la mera conveniencia empresarial<sup>1196</sup>.

Finalmente, el art. 51.6.2º TRET exige que la resolución administrativa sea motivada<sup>1197</sup> y congruente con la solicitud empresarial. Sin que en relación a la congruencia a día de hoy exista un criterio pacífico en la doctrina. Un sector entiende que la contestación administrativa, a diferencia del régimen jurídico precedente<sup>1198</sup>, debe atenerse estrictamente a la petición empresarial, sin posibilidad de variar sus términos<sup>1199</sup>; mientras que otros autores son partidarios de admitir que se autorice otro tipo de medidas diferenciadas a las solicitadas por el

---

<sup>1195</sup> En contra, **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 405.

<sup>1196</sup> La doctrina mayoritaria, a partir de la distinción conceptual entre *causas*, *medidas* y *finalidades*, admite la división de la actuación administrativa en dos fases, atendiendo en primer lugar, a la verificación de las causas empresariales alegadas; y, en segundo lugar, al juicio de razonabilidad o la comprobación de la conexión de funcionalidad. *Vid.* al respecto, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, op. cit., p. 425; **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 227 y 228; y **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 359 a 366. A nuestro modo de ver, como se ha apuntado, la mención del art. 51.1.2º TRET a la “razonabilidad de las medidas propuestas” aspira principalmente a delimitar la objetividad de la medida empresarial propuesta, a definir, en definitiva, la entidad del desequilibrio contractual exigible para resolver los contratos, lo que a su vez posibilita la contención de la discrecionalidad de la Autoridad Laboral.

<sup>1197</sup> “La exigencia de motivación es genérica a todo acto administrativo, constituyendo un ‘elemento esencial y fundante de la decisión, sin el que ésta quedaría convertida en nuda expresión de la arbitrariedad’. La motivación, constituida por la manifestación de la causa, motivo y fin del acto administrativo, constituye el puente o elemento de coherencia lógico-jurídico entre la decisión administrativa y la apoyatura fáctica y jurídica que concurre en el supuesto concreto. (...) En definitiva, permite el control de la ‘racionalidad’ jurídica de la decisión administrativa sobre todos sus elementos – reglados o discrecionales – eliminando las carentes de suficiente justificación en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 285. *Vid.* también **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 405. Aunque, debe tenerse en cuenta, siguiendo a **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 221, que “el contenido de dicha obligación debe concretarse en la referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya la resolución, sino necesidad de una ordenación específica”.

<sup>1198</sup> Como se sabe, durante la vigencia del ET’80, la administración tenía capacidad (*ex REMSE’80*) para acordar otro tipo de medidas a las propuestas por el empresario. Normativa que fue objeto de crítica por la doctrina por entender que el que el citado Decreto era ilegal (por *ultra vires*). *Vid.* por todos **DEL VALLE VILLAR**. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 295 y ss. En esta línea, la STS [C-A] 14 de febrero 1990 (Ar. 775) declara que “hoy no encuentra cobertura legal alguna allí donde la autonomía de la voluntad de los interesados despliega toda su eficacia; debe limitarse la autoridad laboral a homologar los acuerdos y aceptaciones conseguidos en el período de discusión y consulta previsto en el art. 51 ET sin que pueda transformar extinciones consentidas en suspensiones no solicitadas”.

Durante la vigencia del DCr’44 un sector de la doctrina también será crítico, estimándose que una vez se ha cerciorado la existencia del desequilibrio, a la administración sólo le compete conceder o denegar la propuesta del empresario, porque de otro modo, esto “[equivaldría] a sustituirse en la iniciativa del empresario”. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 79 y 85. De todos modos, tal y como apunta **SUÁREZ GONZÁLEZ**, a partir de la Orden de 1961 debe admitirse la posibilidad de que la administración “conceda una medida diferente de la interesada por ésta [la empresa]”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 266 y 267. En términos similares, **ALMANSA PASTOR**. *El despido nulo*, op. cit., p. 219 y 220.

Y, finalmente, recuérdese que durante la vigencia de la LPO’35 y del DCr’35 el órgano corporativo y la autoridad administrativa sólo podían proponer como alternativa a la resolución por “falta de trabajo”, o establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor (*vid.* al respecto *supra*, Epígrafe II.2 del Apartado B del Capítulo III - Primera Parte).

<sup>1199</sup> **RIVERO LAMAS** y **DE VAL TENA**. *Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales*, op. cit., p. 234; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 206; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 405; **PRADOS DE REYES**. *Despidos colectivos*, op. cit., p. 243; y (criticando, no obstante, el sentido de la norma, por ser contrario a la economía procesal) **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, op. cit., p. 171.

empresario<sup>1200</sup>. Como punto de partida debe afirmarse, siguiendo con DEL VALLE VILLAR, que el principio de congruencia en el ámbito judicial no tiene el mismo significado que en el administrativo. Concretamente, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, la función del principio de congruencia en el ámbito administrativo “no se agota en el aseguramiento de la legalidad, sino que tiende por exigencias institucionales obvias a garantizar la satisfacción de los intereses públicos en juego”<sup>1201</sup>. Así, siguiendo a MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, “la congruencia de la resolución administrativa ha de ponerse en relación no solamente con los contenidos de las pretensiones y alegaciones formuladas por los interesados, sino también con las cuestiones conexas que hayan surgido a lo largo de la tramitación procedimental siempre presupuesta la competencia del órgano administrativo para el conocimiento de la misma”. A pesar de que esta facultad “abre mayores posibilidades de actuación administrativa en los procedimientos de regulación de empleo”, no debe entenderse como el reconocimiento de una facultad para autorizar una “cosa distinta a lo solicitado”, dado que tanto la suspensión como la resolución requieren la “iniciativa del empresario”. Aunque nada obsta que la Autoridad Laboral *sugiera*, en el ejercicio de su función mediadora (y en principio, no sujeta al principio de congruencia) otras medidas menos drásticas. O bien, que se autorice una suspensión en vez de una resolución, siempre que la iniciativa empresarial hubiera previsto subsidiariamente la suspensión en caso de no autorizarse la resolución<sup>1202</sup>.

En cuanto al contenido, el hecho de que la Administración esté facultada para estimar en parte la solicitud empresarial, se ha interpretado doctrinalmente en el sentido de que sólo está habilitada para reducir el volumen de trabajadores afectados<sup>1203</sup>. Aceptada la medida empresarial, total o parcialmente, la resolución debe especificar el número y categoría de los

---

<sup>1200</sup> Por ejemplo, para NAVARRO NIETO, el principio de congruencia del art. 56.1º y 2º TRET, conforme a los parámetros fijados en el procedimiento administrativo común, no parece que “cierre las puertas a un cierto margen de discrecionalidad que permita plantear medidas alternativas, o al menos complementarias o correctoras de las solicitadas”. NAVARRO NIETO. *Los despidos colectivos*, op. cit., p. 225. Y GÁMEZ OREA sostiene que, a pesar del principio de congruencia establecido en 1994, nada obsta que la administración ante una petición extintiva está facultada para “resolver la concesión de medidas suspensivas”, amparada en la facultad de realizar estimaciones o desestimaciones parciales - ex art. 51.6.1 TRET- y en el principio de economía procesal. GÁMEZ OREA. *Despidos colectivos y principio de congruencia*, op. cit., p. 196 a 200. Y SOLÀ MONELLS, tras diferenciar el concepto de congruencia del procedimiento administrativo con el de congruencia procesal (*vid. infra*), afirma que cabe la posibilidad de variar lo solicitado por el empresario, porque el principio de congruencia “obliga exclusivamente a resolver todas las pretensiones formuladas y a tomar en consideración todos los argumentos esgrimidos por los interesados, por lo que no existe ningún problema para que la administración autorice una medida cuantitativa o cualitativamente distinta a la pedida por el empresario si la documentación obrante en el expediente lo justifica”; siempre que, primero, se respete el principio de contradicción, entendido en el sentido de posibilitar la formulación de alegaciones y las pruebas oportunas y también que se hayan respetado las garantías procedimentales establecidas ex art. 51 TRET; y, segundo, que la variación se refiera a una alternativa que requiera una autorización administrativa. SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 383 a 385.

<sup>1201</sup> DEL VALLE VILLAR. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, op. cit., p. 296. *Vid.* un análisis de las diferencias entre ambos conceptos en, SOLÀ MONELLS. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 381a 383.

<sup>1202</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 286 y 287.

<sup>1203</sup> GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 405; y GÁMEZ OREA. *Despidos colectivos y principio de congruencia*, op. cit., p. 196.

trabajadores afectados y su método de selección (art. 6.1.b RPRE'96). En cuanto a la selección, puede establecerse una relación nominal, o bien fijar ciertos parámetros objetivos para su elección, e, incluso, cabría no especificar nada al respecto<sup>1204</sup>. Diversidad que describe de menor a mayor grado de discrecionalidad empresarial para la selección de los afectados. No obstante, en cualquier caso, debe respetar ciertos límites genéricos: primero, la selección debe corresponderse al perfil profesional afectado por el desequilibrio alegado; segundo, la elección no puede estar motivada por criterios discriminatorios; y, tercero, los representantes de los trabajadores tienen reconocida una prioridad de permanencia (arts. 51.7, 68.1º.b TRET y 10.3 LOLS)<sup>1205</sup>. Límite que en caso de no respetarse comportará la declaración de nulidad de la

---

<sup>1204</sup> Por ejemplo, STSJ Madrid 30 de marzo 2004 (JUR 242032). Pese a que la jurisprudencia, interpretando el art. 6.1.b) RPRE'96, ha entendido que no es necesaria una relación nominativa de incluidos en el expediente (STS 28 de septiembre 1999, RJ 7758), “no obstante la autoridad laboral podrá exigir un esfuerzo de precisión para determinar las áreas o parcelas en que se concrete la sobredimensión de plantilla”. Es importante tener en cuenta que si la relación o lista de trabajadores afectados está incorporada en la resolución administrativa que aprueba el expediente, la impugnación de dicha inclusión corresponde al orden contencioso-administrativo (*vid.* D. Ad. 5ª Ley 29/1998, 13 de julio – que modifica el art. 3.2.b) TRLPL –; y, posterior Ley 50/1998, 30 de diciembre, que suspende su aplicabilidad). Por contra, cuando la determinación de trabajadores afectados se difiere a decisión ulterior de la empresa, la impugnación de la inclusión corresponde examinarla al orden jurisdiccional social. *Vid.* al respecto, SSTS 18 de enero, 17 de marzo, 5 de junio y 19 de julio (RJ 808, 3002, 5069 y 5278); y SSTS [C-A] 26 de abril 2002 (RJ 6504) y 12 de febrero 2003 (RJ 2084). **SAÍZ DE MARCO**. *La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo, op. cit.* (versión digital).

<sup>1205</sup> La protección respecto de los representantes de los trabajadores no debe entenderse en términos absolutos, sino que sólo opera cuando concurren trabajadores con la misma categoría o grupo profesional (SSTS [C-A] 4 de mayo 2004, RJ 3209; 6 de mayo 2003, RJ 3744; y [Social] 27 de julio 1989, RJ 5926). La protección abarca a los trabajadores elegidos como representantes durante el período que media entre la autorización administrativa y la decisión empresarial de llevar a efecto las resoluciones (STS 30 de octubre 1989, RJ 7465). Sin embargo, estas normas, según la STS 30 de noviembre 2005 (rec. nº 1439/2004, BDCGPJ), “no determinan el ámbito al que esa garantía se extiende, pues las expresiones ‘en la empresa’ o ‘en el centro de trabajo’ no tienen esa significación. La garantía es, desde luego, relativa”. Por tanto, “no hay ninguna regla que establezca que la garantía de la preferencia deba quedar limitada al ámbito de afectación de la causa extintiva. Por el contrario, los preceptos legales citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa - empresa, centro de trabajo - juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste”. Planteamiento que, como apunta la propia sentencia, puede provocar que “pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva - otra estación de servicio en el caso decidido -, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es un consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso”. Un comentario a esta resolución en, **SEMPERE NAVARRO**. *Alcance de la garantía representativa de permanencia frente a despidos colectivos o plurales. Comentario a la STS de 30 de noviembre 2005*. RPJUR nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1217).

En cuanto al resto de trabajadores, sólo en el caso de que se identifique un móvil discriminatorio, o bien fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad. En cuanto a la selección de los trabajadores en función de la edad, “conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa - única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue -, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente - a corto y medio plazo - en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores - según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa -, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando” (STS [C-A] 15 de junio 2005, rec. nº 7282/2000; y SSTSJ Madrid [C-A] 13 de septiembre 2000, JUR 2001\40490; y 14 de marzo 2005, JUR 160247). Recuérdese que con anterioridad, el art. 13 LRL'76 reconocía la preferencia de los trabajadores con mayor antigüedad en los casos de

resolución del contrato de trabajo del representante<sup>1206</sup>. Sin que, finalmente, sea exigible la determinación de un plazo de vigencia de la autorización administrativa para proceder a las resoluciones<sup>1207</sup>.

3.- En cuanto a la ejecutividad de la resolución administrativa (dictada con o sin acuerdo previo), salvo que otra cosa se disponga en la misma, debe entenderse desde la fecha que se dicte, salvo que se prevea otra fecha posterior (art. 15 RPRE'96), desplegando sus efectos con independencia de su firmeza<sup>1208</sup>. De todos modos, como ha apuntado reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina, la resolución no extingue por sí sola los contratos de trabajo, sino que sólo habilita al empresario para proceder a su resolución<sup>1209</sup>. Si procediera a efectuarlas, debe comunicar a los trabajadores afectados la decisión y poner a su disposición la indemnización pactada. Teniendo en cuenta que para el caso de su incumplimiento, no deriva la declaración de nulidad de la decisión empresarial, sino simplemente el derecho del trabajador a reclamarla ante la jurisdicción laboral<sup>1210</sup>.

En cuanto a la comunicación de la resolución, especialmente en las resoluciones autorizatorias que establecen una lista de trabajadores abierta o innominada, se discute si es necesario o no que la empresa especifique la causa resolutoria a cada trabajador en el documento que se le comunica el cese (y la duda si con ello se genera indefensión o no). Es

---

reestructuración de plantilla. Algunos Convenios Colectivos establecen sistemas de prioridad de los trabajadores con mayor antigüedad. Por ejemplo, CCOL Spainair (BOE 29 de agosto 2005) – sólo en los supuestos de tramitación de un ERE. Paralelamente, la Ley 40/2003, 18 de noviembre, protección a las familias numerosas, dispone, en su art. 10.1, que “los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de (...) extinción del contrato de trabajo”. En cuanto a los trabajadores minusválidos, la jurisprudencia ha estimado que “la necesidad de mantener a lo largo de la vida de la empresa la reserva del 2% de la plantilla de trabajadores minusválidos no supone individualmente para cada uno de los que hayan sido contratados una garantía frente al despido individual o colectivo distinta de la que corresponde a los demás trabajadores, cuando concurren las causas o motivos que la Ley establece, pues dicha garantía de reserva podría incluso hacerse efectiva, si se dieran las circunstancias que lo justificasen, mediante la sustitución de unos trabajadores por otros en quienes concorra la misma condición” (STS [C-A] 4 de febrero 2002, RJ 10168). *Vid.* al respecto extensamente, **SAÍZ DE MARCO**. *La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo*, *op. cit.* (versión digital); y **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 263 a 270.

<sup>1206</sup> **DE VAL TENA**. *Despido y representación de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 592 y 593

<sup>1207</sup> Pese a la inseguridad jurídica que ello puede conllevar, debiéndose recurrir, como se ha apuntado, al respeto de un “criterio prudencial” (relegándose, la discusión a la determinación del momento en el que el mismo se supera). **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 298; **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 404; **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, nota 197, p. 176; y **DESDENTADO DAROCA**. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, *op. cit.*, p. 547.

<sup>1208</sup> Sin que, por regla general, sea posible que tenga efectos retroactivos. *Vid.* STSJ Castilla La Mancha 4 de octubre 1996 (AS 3618). En cambio, si la iniciativa proviene de los propios trabajadores un sector de la doctrina defiende la posibilidad de asignarle efectos retroactivos, con el fin de percibir la prestación de desempleo correspondiente. **DESDENTADO DAROCA**. *La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento*, *op. cit.*, p. 546 y 547. *Vid.* también, criticando la posibilidad jurisprudencialmente admitida de atribuir efectos retroactivos a la autorización administrativa con el fin de posibilitar el percibo de la prestación de desempleo desde la fecha del acuerdo obtenido en el período de consultas, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 297 y 298.

<sup>1209</sup> Por todos, **NAVARRO NIETO**. *Los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 230; y **MARTÍNEZ EMPERADOR**. *El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 213. En la jurisprudencia, STS 30 de octubre 1989 (RJ 7465); y STSJ Cataluña 31 de mayo 2002 (AS 2325).

<sup>1210</sup> **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, nota 199, p. 177.



evidente que el empresario debe comunicar al trabajador su decisión y las razones en las que se basa, de manera que éste pueda conocer la causa de su inclusión en dicho expediente y pueda articular correctamente su defensa. A partir de aquí, la delimitación precisa de dicha comunicación plantea numerosos conflictos, debiéndose acudir a cada caso en concreto, aunque existe cierta unanimidad en admitir que no es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos para los ceses objetivos individuales o plurales<sup>1211</sup>.

Cumplidos todos estos trámites, puede afirmarse la ineficacia del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida.

---

<sup>1211</sup> En términos generales, la jurisprudencia entiende que en tales circunstancias no es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos para los ceses individuales o plurales por causa de empresa – art. 53.1 TRET (STS 14 de diciembre 1999, RJ 9814; y STSJ Cataluña 6 de febrero 2004, JUR 92082; en contra, STSJ Madrid 23 de noviembre 2005, JUR 12425; y 5 de octubre 2004, JUR 300153 – aunque el propio tribunal mantiene un criterio distinto en la Sentencia 18 de mayo 2004, AS 2321).

Sentado lo anterior, lo cierto es que los criterios jurisprudenciales resultan sumamente casuísticos. Por ejemplo, si el acuerdo simplemente hubiera indicado (de forma abierta o innominada) el número de trabajadores afectados por el expediente, sin más precisiones al respecto, según la STSJ Andalucía (Málaga) 20 de septiembre 2003 (AS 3376), la “determinación de los concretos trabajadores a los que afectaría la extinción de los contratos es una facultad enmarcada dentro del poder de dirección de la empresa, por lo que en la carta notificada al trabajador no había que hacer constar las razones que habían llevado al empresario a extinguir su contrato y no el de otro trabajador de su misma categoría profesional, sino que bastaba con que se indicase en la comunicación escrita que la decisión empresarial se adoptaba al amparo” del acuerdo alcanzado. En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 24 de marzo 2004 (AS 3117).

Para la STSJ Cataluña 15 de marzo 2005 (AS 1254), pese a no ser exigible el cumplimiento de lo previsto en el art. 53.1 TRET, “un mínimo de exigencia en el contenido de la comunicación sí parece debe darse, ya que, si no fuera así, quedaría vacío de contenido el control judicial de la decisión individualizada empresarial. Lo que la Ley no prescribe es cuál haya de ser ese mínimo, debiendo sacarse la conclusión adecuada para cada supuesto del expediente de regulación de empleo”.

Para la STSJ Madrid 18 de mayo 2004 (AS 2321), “no existe razón legal para exigir al despido colectivo nominalmente abierto mayores formalidades legales que al despido colectivo nominalmente cerrado, en el bien entendido sentido de que la exigencia de la concreción escrita de la causa directa de la específica extinción acordada forma parte integrante del necesario proceso de individualización a que obliga, precisamente, la cláusula nominalmente abierta, y es necesariamente este proceso de individualización el que debe ser conocido por el trabajador”. Esto es, “la concreción escrita de los motivos en los que el empresario se había basado para incluir al trabajador afectado en el ERE”. Especificación que no se entiende no cumplida si el empresario comunica al trabajador la resolución del siguiente modo: “De conformidad con la Resolución de 7 de enero de 2003, dictada en el Expediente de Regulación de Empleo nº 103/02, la Dirección de esta empresa pone en su conocimiento que ha sido Ud. incluido en el citado Expediente, causando baja en la compañía con efectos del día 10 de febrero de 2003”. STSJ Madrid 30 de marzo 2004 (JUR 242032).

### ***b.3.- Canalización procedimental de la resolución individual o ‘plural’ por excesiva onerosidad ex art. 52.c) TRET.***

El estudio del cauce procedimental del descrito en el art. 51 TRET evidencia la magnitud de esta medida de protección del empleo; especialmente, a partir del instante que se compara con el previsto en el art. 52.c) TRET. Circunstancia que desvela con absoluta claridad la importancia que adquiere la concreción de la *ratio efectivos/afectados* y el elemento temporal.

La resolución del contrato a través del art. 52.c) TRET evidencia, en comparación con su precedente<sup>1212</sup>, la voluntad del Legislador de posibilitar la reestructuración de personal sin excesivos obstáculos formales, articulándose un control social menor<sup>1213</sup> y a un precio más barato. Circunstancia especialmente relevante, desde el instante que con la reforma de 1994 se incrementa sustancialmente el ámbito de aplicación del art. 52.c) TRET con la inclusión de los denominados “ceses plurales”<sup>1214</sup>. Lo que por otra parte, convierte a este canal resolutorio en un instrumento de reestructuración de personal sumamente atractivo para el empresario, y en un acicate a la realización de comportamientos fraudulentos, con el fin de eludir el procedimiento de los ceses colectivos.

Los requisitos que debe cumplir son los siguientes (art. 53 TRET):

1.- Comunicación *escrita* al trabajador “con expresión de la causa, es decir, con mención de los hechos en los que se basa”<sup>1215</sup>. La obligación de comunicación queda satisfecha desde el

---

<sup>1212</sup> Como se sabe, el art. 52.c) ET’80, estaba fuertemente impregnado del principio de conservación del negocio. La amortización individual de un puesto de trabajo estaba reducida a las empresas de menos de 50 trabajadores. El empresario no sólo debía probar la concurrencia de la causa alegada, sino que, además, se exigía que acreditara la imposibilidad de recolocación del trabajador afectado por la amortización. Y, finalmente, se reconocía el derecho al trabajador de volver a ocupar su puesto de trabajo, si se volvía a crear en el plazo de un año. *Vid.* al respecto, entre otros, **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, *op. cit.*, p. 256 y 257; y **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, *op. cit.*, p. 231 a 236.

<sup>1213</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Formalidades y procedimiento de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 78. Medida que trata de flexibilizar los procesos de reestructuración de las PYMES, teniendo un “efecto inducido de desindicalización en las empresas de menores dimensiones y reductor de la intervención de los representantes de los trabajadores”. **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 44 a 46. Autores que critican el hecho de que la reforma de 1997 haya rehusado incluir “el procedimiento de información y seguimiento dentro del contenido mínimo legal de los convenios colectivos *ex art.* 85.3 TRET (p. 66).

Resulta interesante el contrapunto planteado por **GARCÍA FERNÁNDEZ** respecto de la dudable menor dificultad del art. 52.c) TRET con respecto al art. 51 TRET. **GARCÍA FERNÁNDEZ**. *La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*. AL 1994 - II, p. 487.

Lo que no obsta, como se observará, que pese a la aparente menor complejidad del procedimiento el nivel de litigiosidad sea extraordinariamente elevado.

<sup>1214</sup> Por todos, **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 63. Y como afirma **VALDÉS DAL-RÉ**, “a cambio de flexibilizar los mecanismos jurídicos de ajuste de plantillas, la reforma ha mermado garantías”. **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 399.

<sup>1215</sup> STSJ Cataluña 6 de octubre 2004 (AS 3185). A este respecto las SSTs 3 de noviembre 1982 (RJ 6482); 10 de marzo 1986 (RJ 3961); y 10 de marzo 1987 (RJ 1371), la expresión “causa” utilizada en el art. 53.1.a) TRET (precepto que no ha variado con respecto a su precedente de 1980) “es equivalente a hechos”. En la doctrina, recogiendo estos criterios, **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, *op. cit.*, p. 271; y **GORELLI HERNÁNDEZ**. *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 67 y 68.

instante que la empresa lleva a cabo una actuación razonable y adecuada para que el trabajador tenga conocimiento de la decisión resolutoria, “ya que en otro caso quedaría al arbitrio de este último su existencia”<sup>1216</sup>.

Teniendo en cuenta que, si bien debe proporcionar información suficiente para posibilitar la defensa del trabajador, no cabe atribuir a la comunicación un significado sacramental<sup>1217</sup>, por lo que “el cumplimiento del requisito de forma exigido en los preceptos invocados no exige (...) una exposición pormenorizada de las circunstancias que determinan la adopción de la medida, ni tampoco la entrega a los trabajadores afectados de documentos relativos a la situación negativa causante de la extinción”<sup>1218</sup>.

---

<sup>1216</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 14 de mayo 2003 (JUR 171936). Respecto a los conflictos derivados de la existencia de firma o no en la comunicación; de los derivados de la identidad de quién firma; de los vinculados a la receptibilidad de la comunicación y de su localización; así como de los posibles destinatarios *vid.*, **LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO**. *Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales*, *op. cit.*, p. 208 a 211.

<sup>1217</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 11 de noviembre 2003 (AS 2004\675).

<sup>1218</sup> SSTSJ Asturias 11 de junio 2004 (AS 2902); y Castilla La Mancha 17 de febrero 2005 (AS 656); País Vasco 15 de febrero 2005, rec. n.º 374 (AS 632); y 8 de junio 2004 (AS 1804); Madrid 31 de mayo 2004 (AS 2691). El empleador debe incluir en “dicha notificación los datos y elementos fácticos necesarios para que el despedido conozca suficientemente las razones esgrimidas para la amortización de su puesto de trabajo y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición a los argumentos de la empresa, porque la mención ‘expresar la causa’ de su decisión es equivalente a la especificación de los ‘hechos’ que conforman la causa extintiva, de forma que la ‘ratio’ del precepto es semejante a la información que, también con suficiente plenitud, debe facilitarse al trabajador en caso de despido disciplinario; información que si cabe ha de ser aún más plena, pues en este último tipo de despidos, el trabajador ya conoce las imputaciones, en cuanto supuesto autor de los hechos, lo que no acaece en la extinción por causas objetivas, en principio, desconocidas por el trabajador en cuanto insitas en el ámbito funcional de la empresa y ajenas a su quehacer”. SSTSJ Cataluña 18 de marzo 2005 (AS 881); 26 de junio y 3 de enero 2000 (AS 3612 y 1659) 20 de octubre 1999 (AS 3485); y 22 de diciembre 1998 (AS 7651). *Vid.* también, SSTSJ Castilla La Mancha 17 de febrero 2005 (AS 656); y Navarra 31 de enero 2000 (AS 100). Al respecto se entiende aplicable, por tanto, lo previsto para la comunicación de los despidos disciplinarios. En las cartas de despido disciplinario, según la STS 18 de enero 2000 (RJ 1059), “aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos (los hechos), sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala – SSTS 17 de diciembre 1985 (RJ 6133); 11 de marzo 1986 (RJ 1298); 20 de octubre 1987 (RJ 7088); y 19 de enero y 8 de febrero 1988 (RJ 14 y 593) – cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador” (doctrina recogida también en las SSTS 22 de octubre y 13 de diciembre 1990, RJ 7705 y 9780). A partir de estos parámetros se entiende insuficiente, por ejemplo, que la empresa comunique “con la presente para comunicarle que esta Empresa ha adoptado la decisión de extinguir objetivamente su contrato de trabajo conforme al art. 52.c) en relación con el art. 51.1 del RDLeg 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, por causas económico-financieras de reestructuración y debido al cierre del centro de trabajo al que está Usted asignado”. STSJ Extremadura 6 de abril 2001 (AS 1268); o bien, alegando simplemente “causas económicas”. STSJ Castilla La Mancha 15 de noviembre 2001 (JUR 49808). También se califica como una formulación vaga, genérica e inexpressiva que no aporta dato alguno calificable como hecho que justifique la extinción contractual”, el que el empresario comunique en la carta que “el fabricante al que representa esta empresa... dejó de suministrar los vehículos Diesel por cambio de motorización, para adaptarse a la normativa europea. Ello ocasionó un descenso en las ventas y una falta de trabajo por lo que se hace necesario la reducción de la plantilla de la empresa para hacer viable y sostenible la misma y poder evitar su desaparición. La decisión pretende superar la actual situación con la finalidad de enjugar pérdidas económicas en la empresa, reorganizar los recursos... porque en caso contrario no quedaría más remedio que acceder al cierre de la empresa”. STSJ Asturias 8 de octubre 2001 (AS 3384). En los supuestos de resolución por disminución de la rentabilidad se entiende que no es indispensable que en la carta se reseñen las “concretas cifras de pérdidas y ganancias, ni los ingresos y gastos del presente ejercicio y de los anteriores”. STSJ Aragón 18 de enero 2001 (AS 62).

2.- Puesta a disposición de la indemnización legal tasada de forma simultánea a la comunicación<sup>1219</sup>. Requisito, como se sabe, constitutivo de la forma (art. 122.2.b TRLPL)<sup>1220</sup>. Sobre el modo de cumplir el requisito de puesta a disposición de la indemnización, la STS 17 de julio 1998<sup>1221</sup> afirma que “el mandato legal sólo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni cualquier quehacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la Ley le confiere”<sup>1222</sup>. Por consiguiente, la puesta a disposición que debe ser efectiva<sup>1223</sup>, es decir, la cantidad debe ser efectivamente

---

<sup>1219</sup> ALMANSA PASTOR – citado por SAMPER JUAN – sostiene al respecto que “la simultaneidad exigida introduce una consideración de temporalidad cuyos márgenes permisivos de tolerancia deber ser aquilatados por el tribunal juzgador teniendo en cuenta su finalidad y el papel del tiempo en la extinción. Por eso, la puesta a disposición indemnizatoria puede realizarse en unidad de acto con la entrega de la comunicación escrita, haciendo constar en ésta la cuantía y el lugar en que se encuentra a su disposición (del trabajador), así como acompañando la comunicación escrita la entrega simultánea de la cantidad metálica, o bien en diversidad de acto, en documento distinto, siempre que entre uno y otro se aprecie simultaneidad”. SAMPER JUAN. *El despido objetivo*, op. cit., p. 275.

<sup>1220</sup> SENRA BIEDMA. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, op. cit., p. 261; y GORELLI HERNÁNDEZ. *Los supuestos de readmisión en el despido*, op. cit., p. 70.

<sup>1221</sup> Ar. 7097.

<sup>1222</sup> “El verbo poner tiene como una de sus acepciones la de entregar, dar y en este sentido la emplea el Legislador y añadiendo que ‘la acción o efecto de disponer, es el de usar uno cualquiera de los derechos inherentes a la propiedad o disposición de los bienes como determina el Real Diccionario de la Lengua’ y que ‘este poner a disposición lo matiza el Legislador diciendo que la misma ha de hacerse simultáneamente es decir al mismo tiempo’”. O bien, la simultaneidad “supone colocar al trabajador en la posición fáctica de cobrar la cantidad indemnizatoria en virtud de un acto unilateral, que no precise la intervención mediadora posterior del patrono”. STSJ Madrid 5 de febrero 1998 (AS 485). *Vid.* también, SSTSJ Navarra 18 de febrero 1998 (AS 863); y Cataluña 6 de octubre 2004 (AS 3185). Doctrina reiterada posteriormente por las SSTS 23 de abril y 28 de mayo 2001 (RJ 4874 y 5445), afirmándose que “el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad. En otro caso, no se puede eludir la declaración de nulidad del despido objetivo acordado”.

<sup>1223</sup> “Admitir un lapso temporal mayor o menor entre la comunicación epistolar y el abono indemnizatorio es derogar una exigencia legal”. STSJ Madrid 24 de febrero 2004 (JUR 238996). Por tanto, no se entiende cumplida la obligación legal si la indemnización se pone a disposición del trabajador dos meses más tarde de la fecha de comunicación (SSTS 25 de enero 2005, RJ 2844; y 28 de mayo 2001, RJ 5445); tampoco si se hace un mes más tarde (STS 23 de septiembre 2005, RJ 8608), o bien tres días más tarde (STS 23 de abril 2001, RJ 4874). *Vid.* también STSJ Galicia 23 de diciembre 2003 (AS 2004\397). No obstante, en los supuestos descritos en el art. 33.8 TRET “no cabe entender que estemos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de poner a disposición de los trabajadores el importe íntegro de indemnización”. STSJ Cataluña 5 de enero 2001 (AS 661). Así, tal obligación empresarial “ha de entenderse cumplida cuando en la carta o comunicación escrita se indica que la indemnización esta a disposición del despedido, con cuantificación de la misma, de modo que el trabajador al leer la carta o comunicación sepa cual es la que se le ofrece y si este ofrecimiento se ajusta realmente a lo debido, con señalamiento del lugar en que el trabajador la tiene efectivamente a su disposición”. STSJ Castilla y León (Valladolid) 17 de julio 2001 (JUR 270193). En términos similares, exigiendo la cuantificación del importe de la indemnización en la comunicación, STSJ Canarias (Tenerife) 26 de febrero 2003 (AS 1434). En la doctrina, GOERLLI HERNÁNDEZ. *Los requisitos formales del despido individual*. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995, p. 139. No obstante, para la STSJ Madrid 13 de enero 2004 (AS 887), la falta de cuantificación de la indemnización no implica la sanción de nulidad de la decisión extintiva, más aun cuando existe conformidad respecto al salario y la antigüedad y la empresa ha alegado y constatado la imposibilidad de hacerla efectiva. En términos similares, la STSJ Extremadura 18 de enero 2000 (AS 547) afirma que “no es necesario que en la referida comunicación se indique expresamente la indemnización a que tiene derecho el productor”, bastando con que el empresario se la ponga a disposición en el momento de comunicación de la decisión (en base, siguiendo la doctrina de la STS 17 de julio 1998 – *cit.* -, al carácter autónomo e independiente de la obligación de la puesta a disposición de la indemnización); “sólo cuando por dificultades económicas no pueda poner el empresario la indemnización a disposición del trabajador, es cuando la ley exige que esa circunstancia - no la cuantía de la indemnización - se haga constar en la referida comunicación”. Si el empresario acude al art. 53.1.b.2º TRET (*vid. infra*) en tanto que no está obligado a abonar la indemnización no es

disponible, desde el momento de la comunicación<sup>1224</sup>, en dinero, transferencia bancaria<sup>1225</sup>, cheque o talón<sup>1226</sup>; no bastando la utilización de instrumentos de pago diferidos.

Ahora bien, el “error excusable” en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador puede impedir la declaración de nulidad de la resolución (art. 122.3 TRLPL)<sup>1227</sup>. Por otra parte, al igual que en los ceses colectivos, en las empresas de menos de 25 trabajadores<sup>1228</sup>, el empresario sólo debe abonar el 60 % de la indemnización (art. 33.8 TRET)<sup>1229</sup>.

3.- Concesión de un plazo de preaviso de 30 días (computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción<sup>1230</sup>), con el fin de que la resolución no sea inmediata, pudiéndose conceder un plazo superior<sup>1231</sup>.

---

necesario que la cuantifique en el momento de la comunicación. STSJ Andalucía (Málaga) 21 de noviembre 2003 (AS 4193). En contra, STSJ Andalucía (Granada) 26 de febrero 2003 (AS 1296).

<sup>1224</sup> Sin que pueda condicionarse su percibo a la firma de la carta y del saldo y finiquito. STSJ 17 de julio 2003 (AS 2901)

<sup>1225</sup> Sobre la problemática de la puesta a disposición de la indemnización por medio de transferencia bancaria, la STS 23 de abril 2001 (RJ 4874) entiende que no puede afirmarse que el requisito legal de simultaneidad se haya cumplido si entre la entrega de la comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización por transferencia bancaria ha transcurrido tres días, puesto que la demora en el ingreso en la cuenta de la trabajadora de la cantidad correspondiente no es achacable a la entidad de ahorro. Además, “si la transferencia se hubiese ordenado el mismo día de la entrega de la comunicación escrita sí se hubiere podido entender cumplido el requisito. Pero no siendo así, la ausencia de la simultaneidad que exige sin matices o paliativos la norma, no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista en el propio artículo 53.4 del ET esto es, la nulidad del despido así practicado porque la trabajadora no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado”. En la STSJ Castilla La Mancha 27 de enero 2005 (AS 233), se entiende que no se ha cumplido la obligación legal de puesta disposición de la indemnización en un supuesto en el que la trabajadora cesada, pese a negarse inicialmente a recibir la comunicación (un viernes), posteriormente (al lunes siguiente) vuelve a la empresa y la firma el recibo de una cantidad económica, pero la transferencia bancaria se produce al día siguiente (martes; recibándose en la cuenta de la cesada el miércoles). Por otra parte, la negativa del trabajador a ofrecer los datos de la cuenta bancaria para posibilitar la transferencia no exonera a la empresa de la obligación de poner a disposición la indemnización. STSJ Castilla La Mancha 23 de diciembre 2004 (AS 3699).

<sup>1226</sup> Admitiendo la validez de este modo de pago, SSTSJ Cataluña 18 de enero 2005 (JUR 82304); y Madrid 20 de abril 2004 (AS 2344); Canarias (Las Palmas) 27 de febrero 2004 (JUR 112143). La negativa activa del trabajador a recoger y firmar un cheque no puede calificarse como un incumplimiento de la puesta a disposición de la indemnización. STSJ Andalucía (Málaga) 30 de noviembre 2001 (JUR 2002\108950). Ahora bien, si con posterioridad a dicho ofrecimiento, la empresa no acredita que lo ha intentado por otros medios, o bien, que lo hubiera ofrecido en el acto de conciliación, debe entenderse que no se ha cumplido con lo previsto en el art. 53.1.b) TRET. STSJ Castilla La Mancha 25 de abril 2003 (AS 3452). En cambio, la STSJ Extremadura 14 de abril 2003 (JUR 200246) afirma que “la actitud pasiva del hoy recurrente no puede utilizarse en el juicio como argumento para pedir la nulidad del *despido*, pues la acción de tomar la suma puesta a su disposición es acto personal que la empresa no puede suplir” [la cursiva es nuestra].

<sup>1227</sup> En cuanto al tratamiento de los órganos judiciales respecto de lo que debe entenderse por “error excusable”, *vid. Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte)*.

<sup>1228</sup> En cuanto a la dimensión de la plantilla debe tenerse en cuenta el número de trabajadores en el momento de la comunicación, sin que pueda retrotraerse 30 días en el caso de que coincida la fecha de la comunicación con la de la extinción (por no concesión del plazo de preaviso). STSJ Comunidad Valenciana 8 de enero 2002 (JUR 267855).

<sup>1229</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1230</sup> STSJ Comunidad Valenciana 8 de noviembre 2004 (AS 3859).

<sup>1231</sup> Si el empresario concediera un plazo inferior al legalmente establecido, siguiendo a ALMANSA PASTOR, citado por LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, habría que “seccionar ese plazo en dos partes, una que le corresponde por iniciativa empresarial y que se puede considerar ‘cuasilegal’ ya que no es estrictamente legal al no cumplir fielmente el precepto estatuario correspondiente, y el restante que sería compensado económicamente por el importe del salario correspondiente a esos días que no se concedieron”. LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO. *Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales, op. cit.*, p. 221.

4.- Licencia de 6 horas semanales para la búsqueda de un nuevo empleo<sup>1232</sup>;

5.- Comunicación del “escrito de preaviso” a la representación legal de los trabajadores.

Dicción que, en opinión de la STS 18 de abril 2007<sup>1233</sup>, debe entenderse referida a la carta de cese<sup>1234</sup>. Por lo que debe distinguirse - especialmente, en lo que concierne a los efectos jurídicos derivados de su incumplimiento - entre la comunicación del escrito de preaviso y de la carta de cese.

Además, es posible que conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo se establezca una previa substanciación de un expediente con audiencia del interesado<sup>1235</sup>. No obstante, como ya se ha apuntado, si la resolución afectara a los representantes de los trabajadores no es preciso que la comunicación vaya precedida de la apertura de un expediente disciplinario, dado que lo previsto en el art. 68.a) TRET sólo se refiere a los supuestos de “despido”<sup>1236</sup>. Por otra parte, al igual que en los ceses colectivos, se reconoce a los representantes de los trabajadores

---

<sup>1232</sup> Una exposición de los conflictos derivados de la parquedad legislativa en lo relativo a la citada licencia en, **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 278 y 279; y **LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO**. *Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales*, op. cit., p. 222 y 223.

<sup>1233</sup> RJ 3770.

<sup>1234</sup> Según la citada sentencia, “hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del ET no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación. Esto es claro, porque el preaviso no es la manifestación de la voluntad extintiva con su fundamento, sino simplemente un plazo que se establece entre ésta y la efectividad del cese con la finalidad de que el trabajador pueda ‘buscar un nuevo empleo’, como indica el número 2 del artículo 53. No es, por tanto, una declaración de la voluntad extintiva de la que pueda darse ‘copia’ a los representantes de los trabajadores, sino, sólo una parte accidental de la misma, cuya omisión no tiene consecuencias relevantes en orden a la calificación, pues, como dice el número 4 del artículo 53, ‘la no concesión del preaviso no anulará la extinción’, sin perjuicio de que el empresario deba abonar los salarios correspondientes”.

Con anterioridad, la doctrina había puesto de manifiesto esta cuestión. La finalidad perseguida por el Legislador es que los representantes de los trabajadores tengan conocimiento del número de resoluciones por causa de empresa llevadas a cabo por el empresario, fundamentalmente para controlar posibles comportamientos fraudulentos. La doctrina, no obstante, había manifestado que la dicción del precepto es de difícil comprensión, porque no siempre habrá escrito de preaviso. En el supuesto de que el empresario comunique al trabajador el preaviso en un documento distinto al de la comunicación del cese, tal documento no tendrá información relevante para los representantes de los trabajadores. Por este motivo, se entendía que existía error material en el texto de la ley y que en realidad se alude a la carta de cese. Por lo que el empresario debe entregar una copia de la misma a los representantes de los trabajadores **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 280; **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, op. cit., p. 82 y 83; y, recogiendo la discusión doctrinal al respecto, **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, op. cit., p. 261. Según **RAMÍREZ MARTÍNEZ**, en tanto que el precepto no especifica cuándo debe efectuarse la citada comunicación, debe entenderse que debe realizarse dentro del plazo de los diez días siguientes al momento en que tuviera lugar la entrega de la comunicación al trabajador (aplicando analógicamente lo previsto en la Ley 2/1991, 7 de enero, respecto a la entrega de la copia básica de los contratos que deban hacerse por escrito y de sus prórrogas y denuncias).

<sup>1235</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 9 de abril 2002 (AS 1588). Un sector de la doctrina estima que es exigible el informe previo del comité de empresa o de los delegados de personal tal y como se desprende del art. 64.1.3 TRET, pues, los ceses individuales o plurales constituyen un supuesto de reestructuración de plantilla. De todos modos, dado que se trata de un requisito no previsto en el art. 53 TRET, su incumplimiento no puede acarrear la declaración de nulidad de la decisión resolutoria y sí una infracción administrativa. **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 281.

<sup>1236</sup> *Vid.* al respecto lo apuntado con ocasión del análisis de los aspectos procedimentales del despido. Defendiendo la postura contraria a la mantenida por la jurisprudencia unificada, **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 414 a 419.

prioridad de permanencia en la empresa (art. 52.c párrafo 2º TRET)<sup>1237</sup>. El incumplimiento de esta última exigencia no comporta la declaración de nulidad de la resolución (a diferencia de lo previsto para el régimen resolutorio *ex* art. 51 TRET), sino la improcedencia<sup>1238</sup>. De todos modos, este tratamiento diferenciado queda neutralizado si se repara que estos trabajadores tienen reconocido el denominado derecho de opción<sup>1239</sup>.

Analizados los requisitos exigidos, se observa que la menor protección derivada de la no intervención de los representantes de los trabajadores ni de la Autoridad Laboral se ha tratado de suplir estableciendo ciertos requisitos de forma y sancionando duramente su incumplimiento<sup>1240</sup>. En definitiva, lo que se pretende es incrementar las garantías frente a esta facultad resolutoria empresarial, tratando de prevenir comportamientos arbitrarios<sup>1241</sup>. Concretamente, el incumplimiento de estos requisitos provoca la declaración de nulidad de la resolución del contrato<sup>1242</sup>.

Aunque conviene hacer varias puntualizaciones. Si el motivo de la resolución es una disminución de la rentabilidad, la puesta a disposición de la indemnización puede diferirse al

---

<sup>1237</sup> Según la STSJ Andalucía (Málaga) 30 de marzo 2001 (AS 973) debe extenderse que la garantía de prioridad de permanencia en la empresa alcanza a los representantes legales elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración del mismo. Finalmente, admitiendo que el art. 52.e) TRET constituye una especificidad de lo previsto en los arts. 51 y 52.c) TRET conviene tratar de averiguar si son exigibles los mismos requisitos procedimentales. Si bien no caben dudas respecto al procedimiento a seguir en los supuestos en los que la decisión afecte a un número de trabajadores que exceda de los umbrales legales, pues, el propio art. 52.e) párrafo 2º TRET así lo establece, mayores interrogantes plantea cuando no se superan. Los escasos pronunciamientos existentes que han tratado esta cuestión se refieren a la necesidad de cumplimiento de lo apuntado en el art. 53.1 TRET (“comunicación escrita, puesta a disposición de indemnización y concesión de un plazo de preaviso” - SSTSJ Murcia 2 de febrero 2004, rec. 123 y 124, JUR 190838 y 190840), sin especificarse, por ejemplo, si cabe acogerse a lo previsto en el párrafo 2º del art. 53.1.b) TRET, a bien si debe existir una comunicación a los representantes de los trabajadores art. 53.1.c) TRET. En la doctrina, GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER afirman que la obligación de comunicación de los representantes de los trabajadores es exigible en los supuestos del art. 52.e) TRET, pero en cambio, no parece razonable permitir el retraso de la puesta a disposición de la indemnización legal. **GOERLICH PESET y BLASCO PELLICER. La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio, op. cit.**, p. 716 y 717. Para **BOLTAINA BOSCH**, los representantes de los trabajadores no tienen prioridad de permanencia, ni tampoco la administración tienen derecho a que se le aplique el art. 53.1.b) TRET. **BOLTAINA BOSCH. La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias, op. cit.**, p. 98.

<sup>1238</sup> STSJ Andalucía (Málaga) 30 de marzo 2001 (AS 973), *cit.* **DE VAL TENA. Despido y representación de los trabajadores, op. cit.**, p. 593.

<sup>1239</sup> **DE VAL TENA. Despido y representación de los trabajadores, op. cit.**, p. 593 y 594.

<sup>1240</sup> Circunstancia criticada por la doctrina, por la contradicción que supone sancionar con diversa intensidad el incumplimiento de los requisitos de forma en las resoluciones individuales o plurales por causas de empresa respecto de los despidos. En este sentido, **SENRA BIEDMA. Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación, op. cit.**, p. 263 y 272 y ss.

<sup>1241</sup> **DEL VALLE VILLAR. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, op. cit.**, p. 366 y 367.

<sup>1242</sup> Declaración que debe efectuarla el juez “aun cuando la misma no haya sido solicitada por las partes, esto es, de oficio (art. 53.4 del ET), incluso cuando el trabajador mostrara preferencia por la declaración de improcedencia, ya que estamos ante normas que exceden de la esfera dispositiva de los derechos, incardinándose en las llamadas normas de derecho necesario absoluto”. STSJ Andalucía (Málaga) 31 de enero 2001 (AS 1154). Extensamente al respecto, **BADIOLA SÁNCHEZ. La nulidad de la extinción del contrato de trabajo, op. cit.**, p. 399 y ss.

Nulidad, por otra parte, que también puede declararse en los supuestos de fraude de ley (art. 51.1.5º TRET y 122.2.d) TRLPL).

momento efectivo del cese<sup>1243</sup>, si el empresario comunica y demuestra al trabajador que no puede cumplir con dicho trámite<sup>1244</sup>.

El incumplimiento del plazo del preaviso no afecta a la calificación de la resolución<sup>1245</sup>, aunque por el contrario sí da lugar el derecho al percibo de un derecho indemnizatorio (art. 53.4 TRET)<sup>1246</sup>. En tal caso, en virtud del art. 123.1 TRLPL, la omisión de la entrega de la

---

<sup>1243</sup> STSJ Castilla La Mancha 29 de octubre 2003 (AS 2004\465).

<sup>1244</sup> En estos casos, si la empresa no ha puesto a disposición la indemnización legal, se entiende que no puede exigirse al trabajador que impugna la decisión extintiva ante los Tribunales que simultanee la reclamación de cantidad por la indemnización no abonada y la impugnación del cese, pues ello podría dar lugar a resoluciones judiciales contradictorias o incompatibles entre sí. En consecuencia, debe entenderse que la impugnación de la resolución empresarial tiene efectos interruptivos de la prescripción del derecho a la indemnización legal tasada no abonada con la entrega de la comunicación. STSJ Comunidad Valenciana 20 de noviembre 2001 (AS 2002\3249).

En cuanto a la prueba de la efectiva imposibilidad, de un modo ciertamente discutible, cierta doctrina jurisprudencial consultada no resulta excesivamente rigurosa (así lo admite también la STSJ Navarra 31 de enero 2000, AS 100), actuando conforme a presunciones (no previstas en la norma). Lo que a la postre provoca que se traslade al trabajador la carga de la prueba de la falsedad de la misma. En este sentido, la SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 10 de febrero 2004, rec. n° 43 y 67 (JUR 82454 y 82456) sostienen que “el propio precepto [art. 53.b.2° TRET] se limita a exigir al empresario la alegación de no poder ponerla a disposición del o los trabajadores”; y la STSJ Castilla y León (Valladolid) 8 de marzo 2004 (JUR 96881), entiende, sin más, que “ante tal situación económica [de pérdidas sostenidas durante dos años] resulta razonable la alegada imposibilidad” (en términos similares, del mismo Tribunal, 27 y 30 de enero 2004, JUR 80943 y 71239; y Madrid 28 de octubre 2003, JUR 2004\93765).

Planteamiento que ha tratado ser corregido por la STS 25 de enero 2005 (RJ 4257). En ella se afirma que “no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, sino que se precisa, además, su acreditación si el empleado la discute, pues el precepto últimamente citado, refiriéndose ya en concreto a la obligación de puesta a disposición de la indemnización en el momento que señala (esto es, independientemente de que la mala situación económica pueda o no justificar el *despido* objetivo), requiere que ‘como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización’, pues cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese”. Por ello, “no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que - se insiste en ello - es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez” [la cursiva es nuestra]. En términos similares, la STSJ Cataluña 11 de febrero 2005 (AS 780) afirma que “las circunstancias que lleven a tal decisión deben de ser objeto de alegación y prueba autónoma y distinta de la que se practique para acreditar la justificación y razonabilidad de la decisión extintiva” (*vid.* también SSTSJ Cataluña 28 de septiembre 2004, AS 3252; y Castilla La Mancha 29 de octubre 2003, AS 2004\465; y Comunidad Valenciana 14 de abril 2003, AS 2004\1202; Andalucía/Granada 26 de febrero 2003, AS 1296; Extremadura 10 de enero 2003, AS 1578).

Si varios trabajadores estuvieran afectados por la decisión resolutoria, la empresa no está obligada a dispensar el mismo trato al respecto, STSJ Castilla y León (Burgos) 14 de septiembre 2004 (AS 2005\215).

<sup>1245</sup> SSTSJ Castilla y León (Burgos) 17 de junio 2005 (AS 2149); y (Valladolid) 17 de julio 2001 (JUR 270193); Canarias (Tenerife) 12 de julio 2001 (JUR 269444).

<sup>1246</sup> Debiéndose tener en cuenta lo previsto en el art. 123.2 TRLPL. “La obligación de preavisar al trabajador de su despido por causas objetivas o su sustitución por la compensación económica correspondiente, nace y se genera del propio acto de comunicación del despido y no de los efectos que del mismo puedan posteriormente declararse (procedencia, improcedencia o nulidad del despido objetivo). (...) De esta forma, el posterior pronunciamiento, tanto si viene motivado por una resolución judicial que declare la nulidad o improcedencia de la extinción, en este último supuesto, con fijación de salarios de tramitación, no impediría la concesión, a su vez, por la falta del preaviso no disfrutado, de los salarios correspondientes, al no existir posibilidad de neutralización de un concepto por el otro”. (...) si el trabajador hubiera percibido de la empresa los 30 días de salario a los que expresamente estaba obligada por así disponerlo el art. 53 del ET, y posteriormente el despido se declara improcedente, tanto si la empresa opta por la readmisión, en cuyo caso sólo deberá reintegrarse la indemnización abonada, como si se opta por la indemnización, el trabajador no tendría obligación alguna de devolver el importe percibido por el indicado preaviso”. STSJ Comunidad Valenciana 8 de noviembre 2004 (AS 3859). En ningún caso, por tanto, puede compensarse los salarios de tramitación con la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso “pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra



referida indemnización tampoco debe conllevar la declaración de nulidad de la decisión extintiva<sup>1247</sup>. Asimismo, el incumplimiento de la obligación de comunicación del preaviso a los representantes de los trabajadores no comporta el incumplimiento del plazo de preaviso<sup>1248</sup>, ni tampoco afecta a la validez de las resoluciones realizadas<sup>1249</sup>. En cambio, la jurisprudencia ha admitido que la falta de comunicación a los representantes de los trabajadores de la resolución del contrato es suficiente como para calificar a la decisión extintiva como nula<sup>1250</sup>.

De todos modos, si la nulidad es por incumplimiento de los requisitos formales, el empresario puede realizar un nuevo cese en el que se cumplan los requisitos omitidos en el precedente (art. 53.4 TRET). En este sentido debe hacerse una distinción entre la subsanación antes de la interposición de la demanda, de la subsanación efectuada con posterioridad a la resolución judicial que declara la nulidad. Como punto de partida y a diferencia del despido, debe tenerse en cuenta que en estos supuestos, la facultad resolutoria no está sometida a prescripción alguna, sino que permanece mientras persista el motivo que lo propicia<sup>1251</sup>. Siguiendo el planteamiento de GOÑI SEIN, ateniendo a que el art. 53.4 TRET tiene su origen en la redacción del art. 55.2 ET'80, cabe exportar a aquél precepto, las interpretaciones jurisprudenciales vertidas por la jurisprudencia para resolver los problemas aplicativos de éste. Por ello – afirma el citado autor –, es posible volver a resolver el contrato con carácter previo a

---

correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido”. STSJ Canarias (Tenerife) 26 de octubre 2005 (AS 2815). *Vid.* también, SSTSJ Extremadura 29 de enero 2004 (JUR 169336); SSTSJ Madrid 12 de junio 2001 (AS 2398); Castilla y León (Valladolid) 7 de julio 2000 (JUR 294990); y Madrid 21 de mayo 1996 (AS 1568) y Galicia 16 de noviembre 2002 (JUR 2003\106228). En contra, STS 9 de febrero 1987 (RJ 800); SSTSJ Asturias 3 de octubre 2004 (JUR 41581); Galicia 24 de junio 1999 (AS 1973); y Canarias (Las Palmas) 28 de marzo 2001, rec. n° 309 y 483 (AS 2733 y 2735).

Si la empresa al tratar de comunicar al trabajador su decisión resolutoria no puede localizar al trabajador, llevando a cabo una actuación razonable y adecuada a tal fin, no puede obligarse a la empresa al abono de la indemnización de preaviso. STSJ Castilla y León (Valladolid) 14 de mayo 2003 (JUR 171936).

<sup>1247</sup> **SENRA BIEDMA**. *Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación*, op. cit., p. 261; y **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 276 y 277.

<sup>1248</sup> **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, op. cit., p. 82 y 83

<sup>1249</sup> Como apunta DESDENTADO BONETE, recogiendo la tesis de VALDÉS DAL-RE, la omisión de la entrega de la copia por escrito de preaviso a los representantes de los trabajadores, no lleva aparejada la nulidad, pues “si la no concesión del plazo de preaviso no anula la extinción, tampoco la anulará la falta de entrega de la copia del escrito en que se comunica su concesión”. **DESDENTADO BONETE**. *El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control*, op. cit., p. 264 y 265. En la jurisprudencia, SSTSJ País Vasco 3 de marzo 1998 (AS 1293); y Cataluña 13 de enero 1998 (AS 160). Defendiendo, *obiter dicta*, la nulidad, STSJ Andalucía (Málaga) 31 de enero 2001 (AS 1154).

<sup>1250</sup> STS 18 de abril 2007 (RJ 3770): “la información representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo. Sin una información de esta clase, que tiene necesariamente que centralizarse en la representación unitaria de los trabajadores, éstos tendrán importantes dificultades para conocer la situación de la empresa en orden a la correcta utilización del cauce del despido objetivo económico y, por tanto, será muy difícil acreditar la eventual superación de los límites cuantitativos a efectos de mantener en el proceso la causa de nulidad del apartado d) del número 2 del artículo 122 TRLPL en relación con el artículo 51.1 TRET: la utilización indebida del despido objetivo por sobrepasar los límites cuantitativos mencionados en el último precepto citado”. En la doctrina, **RAMÍREZ MARTÍNEZ** había afirmado que el incumplimiento de la comunicación a los representantes de los trabajadores en el plazo de diez días (*ex* Ley 2/1991, *vid.* nota *supra*) debe acarrear la nulidad de la resolución. **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, op. cit., p. 83. En términos similares, **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 407 a 410; y **ROMÁN TORRES**. *Excesiva morbilidad; y Calificación y efectos del despido objetivo*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 471.

<sup>1251</sup> **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*, op. cit., p. 114.

la interposición de la demanda frente a la primera resolución, siempre y cuando se haga en un plazo de veinte días. Una vez declarada la nulidad judicialmente – prosigue –, no cabe someter la facultad resolutoria a plazo alguno, pues, como se ha expuesto, no está sometida a plazo de prescripción. Y, finalmente, aunque el precepto no lo mencione, - asevera que - es lógico entender que el empresario está obligado a abonar los salarios de trámite intermedios, así como a mantener en alta en la Seguridad Social al trabajador<sup>1252</sup>.

En cambio, para otro sector, con mejor doctrina a nuestro entender, la posibilidad de reiterar la resolución con anterioridad al inicio del procedimiento judicial no está sometida al plazo de veinte días, aunque es lógico pensar que deba hacerse antes de que el trabajador inicie el procedimiento judicial<sup>1253</sup>. De todos modos, en cuanto a la posibilidad de reiteración de la resolución con anterioridad al inicio del procedimiento judicial, la jurisprudencia parece haberlo descartado cuando se refiere al requisito de la puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal tasada<sup>1254</sup>. En cuanto a la posibilidad de proceder a una nueva resolución una vez dictada la sentencia firme condenando al empresario a la readmisión, cabe entender que el empresario puede hacerlo sin necesidad de respetar el plazo de siete días que se prevé para el despido, siempre y cuando persista el motivo resolutorio<sup>1255</sup>.

Finalmente, la interpretación de los órganos jurisdiccionales respecto al efectivo cumplimiento de estos requisitos se ha erigido en un elemento esencial para contener esta facultad resolutoria empresarial, especialmente si se tiene en cuenta, como ha demostrado la realidad judicial, que la regulación normativa presenta ciertas sombras.

Sin embargo, el control jurisdiccional del cumplimiento los requisitos de forma exigidos al empresario presenta un resultado desigual. Salvo en los supuestos (ciertamente escasos) en los que el empresario resuelve el contrato “a la brava” y en los que los órganos jurisdiccionales actúan sin titubeos<sup>1256</sup>; es en los supuestos de “cumplimiento parcial” de dichos requisitos en los que los Tribunales muestran mayores discrepancias interpretativas. Aunque con excepciones, como se observa en la estricta interpretación del concepto de “simultaneidad” en la puesta a disposición de la indemnización<sup>1257</sup>. Más allá de este caso -

---

<sup>1252</sup> **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*, op. cit., p. 114 y 115. Para **CASAS BAAMONDE**, a pesar de admitir que en estos supuestos no hay plazo prescriptivo alguno, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, parece conveniente entender que es aplicable el art. 55.2 TRET y, por tanto, que el empresario sólo puede proceder a una nueva resolución en el plazo de veinte días. **CASAS BAAMONDE**. *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*, op. cit., p. 86.

<sup>1253</sup> **BADIOLA SÁNCHEZ**. *La nulidad de la extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 423; y **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, op. cit., p. 275 y 276.

<sup>1254</sup> SSTs 23 de abril y 28 de mayo 2001 (RJ 4874 y 5445).

<sup>1255</sup> **GOÑI SEIN**. *La reiteración del despido ineficaz*, op. cit., p. 147 a 149; y **RIERA VAYREDA**. *El despido nulo*, op. cit., p. 277 y 278.

<sup>1256</sup> Por ejemplo, el reconocimiento en conciliación de la existencia de una resolución por causas de empresa y la voluntad de abono de la indemnización legal pertinente, no tiene un efecto subsanador, debiéndose calificar la decisión extintiva sin el cumplimiento de los requisitos formales como nula. STSJ Andalucía (Granada) 21 de enero 2001 (AS 757)

<sup>1257</sup> *Vid.* al respecto *supra*, Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

entendemos - puntual, lo cierto es que existe una considerable desparificación en los tratamientos judiciales sobre aspectos sustanciales del procedimiento de resolución, que se traduce en una sensible disminución de la seguridad jurídica. Muestra de ello es la absoluta disparidad interpretativa respecto a la identificación de un “error excusable” en la cuantificación de la indemnización<sup>1258</sup>. Del mismo modo, pese a la reiteración con la que los órganos jurisdiccionales exponen la doctrina del TS respecto al contenido de la comunicación remitida al trabajador, lo cierto es que los parámetros de enjuiciamiento no son lo suficientemente precisos como para poder *anticipar* (siquiera aproximadamente) el resultado del fallo judicial. Sin negar que se traten de conceptos de “textura abierta”, lo cierto es que, tomando como fuente la rica experiencia judicial, y en aras a un incremento de las garantías de los trabajadores, sería deseable un esfuerzo legislativo dirigido a pulir estas discrepancias interpretativas.

### ***c.- El papel de la negociación colectiva en la resolución del contrato por ‘causas de empresa’.***

Sin negar que en algunas cuestiones existe un margen de maniobra limitado, la regulación paccionada de la resolución del contrato por ‘causas de empresa’ es más bien escasa. Y, cuando se realiza, tiene un contenido absolutamente heterogéneo. Del estudio de un número considerable de convenios colectivos puede extraerse que se trata de una cuestión apenas tratada, perdiéndose, a nuestro modo de ver, un instrumento excelente para concretar muchos de los aspectos que la norma no concreta y que suscitan numerosos conflictos interpretativos. Lo que no sólo podría contribuir a fortalecer la estabilidad en el empleo, sino que al disminuir la incertidumbre, posibilitaría una reducción sustancial de los costes que este tipo de medidas resolutorias llevan aparejados no sólo para los afectados, sino también para las arcas del Estado.

En cuanto a la descripción del desequilibrio contractual, si bien es cierto que se trata de una norma de derecho necesario, es posible identificar un espacio en el que la autonomía colectiva pueda especificarlo o acotarlo, en aras a fortalecer la estabilidad en el empleo<sup>1259</sup>. Ahora bien, más allá de puntuales declaraciones programáticas – de buenas intenciones –<sup>1260</sup>,

---

<sup>1258</sup> Vid. al respecto *supra*, Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>1259</sup> En términos similares, MARTÍNEZ ABASCAL y DURÁN ROMASEWKYS. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, *op. cit.*, p. 123. Un análisis respecto de la posibilidad de pactar anticipadamente la concreción de las causas y la cuantificación de la indemnización en, ESCRIBANO GUTIÉRREZ. *Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 530 a 541.

<sup>1260</sup> El CCOL Radio Popular, S.A. – COPE - (BOE 31 de agosto 2004) declara (D. A. 1ª) que “Es voluntad de la dirección de la Empresa mantener la estabilidad en el empleo de sus trabajadores. Por esta razón, la dirección de la Empresa manifiesta su intención de no plantear despidos al amparo del artículo 51 del Estatuto de los trabajadores

son muy pocas las ocasiones en las que los Convenios Colectivos optan por concretar el contenido de las denominadas ‘causas de empresa’, describiendo la intensidad del riesgo exigida<sup>1261</sup>. Y en las ocasiones que se ha realizado no se ha sido excesivamente escrupuloso con el respeto de la norma y la interpretación jurisprudencial<sup>1262</sup>.

Por otro lado, más allá de la descripción de la intensidad del riesgo, lo cierto es que la actividad reguladora es “significativa”, incidiendo sobre múltiples aspectos del régimen resolutorio. En ciertos casos, se procede a incrementar el importe de la indemnización legal<sup>1263</sup>.

---

durante la vigencia del presente convenio, salvo que la situación económica de la empresa así lo exigiera para garantizar su viabilidad, aspecto que en estos momentos no es previsible, con la actual situación económica de la Empresa”. El CCOL – Ceuta – Agentes y Comisionistas de Aduanas (BO. Ceuta 29 de julio 2005, LEG 5463) declara que “Las empresas recogidas en el ámbito de este Convenio, se comprometen en la medida de lo posible, a garantizar la estabilidad en el Empleo, manteniendo los puestos de trabajo, y en su caso, aumentarlos, siempre que haya posibilidad” (D. A. 3ª).

O bien, “Las partes firmantes son conscientes del problema de desempleo existente y de la necesidad y de la posibilidad de abordar sus diferentes causas y consecuencias mediante políticas activas de empleo, sectorial y de empresa, sanas, estables, crecientes y competitivas, teniendo en cuenta las posibilidades de nuestro sector. Para ello se considera conveniente adoptar métodos provisionales y de planificación que orienten las políticas de Recursos Humanos en la empresa. En este sentido se contemplarán los diferentes modos de ingreso en la actividad aseguradora, los puestos de trabajo y sus necesidades; los diferentes modos de ajustar los mismos a las necesidades de las empresas y las formas de mantener la estabilidad del empleo en los procesos de transformación en las empresas del sector. Todo ello dentro del marco legal vigente, con el máximo respeto a los derechos que tanto trabajadores como empresarios tienen y sin que se permitan discriminaciones no autorizadas por la ley. Se tratará en todos los casos de conjugar los intereses de las partes, mediante los mecanismos de diálogo social” (art. 79). CCOL – Estatal – Compañías de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (BOE 19 de noviembre 2004). En términos similares, CCOL – Estatal – Seguros Privados (BOE 24 de junio 2005, RCL 1304).

*Vid.* también CCOL – Estatal – Desinfección, Desinfectación y Desratización (BOE 15 de septiembre 2005, RCL 1828).

<sup>1261</sup> El CCOL – Barcelona Prov. – Puertos y Faros (DOGC 30 de mayo 2005, LCAT 378) dispone (art. 66) que: “Las partes convienen que es causa económica, para que se analicen y adopten los acuerdos pertinentes para la adecuación de la plantilla a las necesidades del puerto (amortización de puestos de trabajo, despido colectivo, suspensión temporal de los contratos, disminución de retribución, etc.) un descenso de la actividad por debajo del 85% del nivel óptimo de empleo del puerto durante el último semestre y de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del presente Convenio colectivo. La constatación del nivel de empleo, ocupación y actividad de la sociedad de estiba se realizará por la Comisión Mixta del Tercer Acuerdo Marco Sectorial”.

El CCOL – Guipúzcoa – Salas de Bingo (BO. Guipúzcoa 26 de noviembre 2004, LEG 7329), entiende (art. 16) que la retirada o no renovación de las “autorizaciones, permisos o licencias gubernativas para el desarrollo de la actividad del juego del bingo” deben calificarse como causas de empresa.

<sup>1262</sup> **CAMÓS VICTORIA**. *La necesidad de definir y concretar las causas económicas en la extinción por causas objetivas: el caso de la empresa ‘Estampaciones Sabadell, S.A.’*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández), Aranzadi 1997, p. 287 y ss.; **MARTÍNEZ ABASCAL** y **DURÁN ROMASEWKYS**. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, *op. cit.*, p. 123 y 124; **BORRAJO DACRUZ**. *Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales*, *op. cit.*, p. 386 a 391 (incluyendo el acuerdo colectivo de la empresa Estampaciones Sabadell, S.L.).

Como apuntan RUIZ CASTILLO y ARGÜELLES BLANCO, con anterioridad a la reforma de 1997, resulta sorprendente la escasa atención prestada a la regulación de las causas de empresa en la negociación colectiva. Es más, “los Convenios, en general, no delimitan esas causas, ni precisan los requisitos y el procedimiento que debe seguir el empleador (mecánica, por ejemplo, del período de consultas, documentación que debe presentar a la representación de los trabajadores, etc.), como tampoco determinan sus efectos (reconocimiento, en su caso, de indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas, de la prioridad de permanencia de determinados grupos de trabajadores, etc.)”. **RUIZ CASTILLO** y **ARGÜELLES BLANCO**. *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo*. En “Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva” (Dir. García Murcia). CES. Madrid, 1998, p. 414.

<sup>1263</sup> A treinta días (en vez de 20): CCOL – Álava – Hostelería, Cafés, Bares y Similares (BO. Álava 24 de agosto 2005, LEG 6765). A 45 días como mínimo, en caso de cese colectivo pactado entre empresa y representación de los trabajadores (CCOL – Guipúzcoa – Juguetería, BO. Guipúzcoa 13 de febrero 2003, LEC 1500). O bien, “en caso de acuerdo entre Empresa y trabajadoras y trabajadores afectados en Expedientes de Regulación de plantilla, y siempre que dicho acuerdo suponga, sin más trámite, la autorización a la reducción de plantilla, la indemnización no podrá ser inferior a un mes y medio por año, con tope de doce años de antigüedad” (CCOL – Guipúzcoa –

O bien, a establecer medidas alternativas a la resolución<sup>1264</sup>. O bien, abogando por primar las “terminaciones no traumáticas’ del contrato de trabajo, de modo que los excedentes de personal sean absorbidos por las prejubilaciones o las bajas incentivadas”<sup>1265</sup>.

Como se sabe, el art. 85.2 TRET<sup>1266</sup> *recuerda y anima* a los negociadores de la posibilidad de establecer procedimientos de información y seguimiento de las resoluciones objetivos<sup>1267</sup>; y, vinculado con lo anterior, existe cierta tendencia a regular algunos aspectos vinculados al procedimiento<sup>1268</sup>. Aunque, en varias ocasiones, se limitan a reproducir el contenido de la

---

Limpieza Edificios y Locales, BO. Guipúzcoa 3 de enero 2006, LEG 14). En términos similares, CCOL extraestatutario – Guipúzcoa – Comercio (BO. Guipúzcoa 7 de enero 2002, LEG 333).

El CCOL – Estatal – Calzado (BOE 26 de septiembre 2005, RCL 1998) establece (art. 33) la obligación de ingresar en una “cuenta bancaria mancomunada entre Empresa y Representación de los Trabajadores, el importe de dos meses de salario por cada trabajador afectado por el expediente, como garantía de pago de los posibles salarios pendientes y de las indemnizaciones que hayan sido confirmadas por la Autoridad Laboral o las que en su día sean fijadas por la Magistratura de Trabajo”.

<sup>1264</sup> El CCOL Siemens Dematic, S.A. (BOE 2 de septiembre 2005) establece que con el fin de evitar el recurso al art. 52.c TRET, se “se pacta expresamente la posibilidad de hacer hasta tres turnos de trabajo en los talleres, previa comunicación al Comité de Empresa al menos con una semana de antelación a la implantación de los mismos”. El CCOL Irisbus Ibérica, S. L. (BOE 23 de noviembre 2003) permite el establecimiento de turnos de trabajo especiales para aumentar la producción, o bien, la posibilidad de librar en días laborales, a fin de reducirla. El CCOL Grupo Generali España (BOE 23 de noviembre 2005) prevé que las situaciones de excedente de plantilla deberán solventarse mediante medidas de movilidad funcional y geográfica (sin renunciar a la posibilidad de recurrir al art. 51 TRET). *Vid.* también art. 46 CCOL – Bizcaia – Servicios Regulares y Discrecionales de Viajeros (BO. Bizcaia 28 de junio 2005, LEG 5165).

<sup>1265</sup> **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Formalidades y procedimiento de la extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1266</sup> Párrafo introducido por la Ley 63/1997, 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la mejora del Mercado de trabajo y el Fomento de la contratación indefinida.

<sup>1267</sup> La finalidad de esta comunicación es que los representantes de los trabajadores puedan tener conocimiento de la causa alegada como del número de resoluciones, para así poder monitorizar si se trata de una resolución colectiva o bien de un cese plural o individual. **BLANCO MARTÍN**. *El despido objetivo: una aclaración confusa*, *op. cit.*, p. 182 y 183. Precepto criticado por un sector de la doctrina (CASAS BAAMONDE), tanto por razones de forma (falta de reordenación sistemática de todo el precepto), como de contenido, pues, se le atribuye una facultad que ya está implícitamente reconocida en el art. 37.2 CE. **MOLINA NAVARRETE**, **MOLINA HERMOSILLA** y **VILLAR CAÑADA**. *Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997*, *op. cit.*, p. 92. *Vid.* también, **MARTÍNEZ ABASCAL** y **DURÁN ROMASEWKYS**. *La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación*, *op. cit.*, p. 121 y 122; y **MARTÍNEZ DE VIERGOL**. *Luces y sombras de la reforma*. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). *Ibidem*. Madrid, 1998, p. 144.

<sup>1268</sup> Siguiendo la literalidad del precepto citado, en algunos convenios se atribuye a la Comisión Mixta la posibilidad de realizar una labor de seguimiento de las resoluciones por causas de empresa. Por ejemplo, el CCOL – Estatal – Regulación Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública (BOE 4 de noviembre 2004).

En otros supuestos, se articula un procedimiento de información a la representación de los trabajadores previo a la adopción de la medida resolutoria. Por ejemplo, el CCOL – Estatal – Calzado (BOE 7 de octubre 2005, RCL 1998) establece la obligación de la empresa de informar a la representación legal y sindical de los trabajadores con una antelación de dos meses, ofreciéndole la información “acerca de los datos de producción y mercado, así como con carácter previo, de todo acto dispositivo sobre bienes muebles e inmuebles de la Empresa”; además, “la representación de los trabajadores podrá solicitar la intervención en las actuaciones de expertos y asesores con acceso a los libros de contabilidad de la Empresa” (estableciendo la obligación de comunicación previa, CCOL – Estatal – Arroz, BOE 31 agosto 2004; CCOL – Estatal – Compañías de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, BOE 19 de noviembre 2004; CCOL – Ciudad Real - Madera y Corcho, BO. Ciudad Real 30 de mayo 2003, LEG 3801; CCOL - Albacete – Comercio, BO. Albacete 18 de enero 2006, LEG 1336; requisito que en algunas ocasiones tienen forma *ad solemnitatem*: CCOL – Ciudad Real - Elevación, Depuración, Tratamiento, Captación y Distribución de Aguas, BO. Ciudad Real 16 de junio 2003, LEG 4077).

También se articulan procesos de negociación previa obligatoria (al margen de los legalmente previstos). El CCOL – Guipúzcoa – Juguetería (BO. Guipúzcoa 13 de febrero 2003, LEC 1500) establece que en todos los supuestos de resolución por causas de empresa, la empresa debe notificar a la representación de los trabajadores “medida que va a adoptar, su fundamento y documentos en los que justifique la pretensión”; y, además, se debe “conceder un plazo de 72 horas, desde dicha notificación, para que las citadas representaciones de los trabajadores emitan informe al respecto, que no tendrán carácter vinculante”. En el CCOL – Estatal – Industria Fotográfica (BOE 6 de junio

Ley<sup>1269</sup>. También se reitera la facultad de los representantes de los trabajadores reconocida en el art. 64.1.4º a) TRET<sup>1270</sup>. Sin que abunden los que deciden regular criterios de preferencia a favor de determinados colectivos en situaciones de regulación de empleo<sup>1271</sup>.

Por otra parte, resulta interesante observar como en algunos Convenios Colectivos la tramitación de un ERE describe una situación que posibilita a la empresa a proceder al descuelgue salarial<sup>1272</sup>; aunque en otros supuestos se declara expresamente la imposibilidad de entenderlo a la inversa<sup>1273</sup>.

---

2006, RCL 1147) se establece un plazo de negociación previo a la iniciación del ERE de 30 días. Requisitos cuyo incumplimiento lleva consigo la nulidad de la medida resolutoria empresarial. Estableciendo una obligación de información previa a la representación de los trabajadores, CCOL – Cataluña – Comerç Vidre, Pisa i Ceràmica i Similars (DOGC 20 de septiembre 2002).

Por su parte, el CCOL – Cantabria - Sector del Comercio de Detallistas de Alimentación (BO. Cantabria, 17 de enero 2006, LCTB 6), dispone que en los supuestos de “despido colectivo o cualquier ERE, en cualquiera de sus modalidades” la obligación de negociar durante un plazo de 15 o 30 días, en función de si la empresa afectada tiene 50 o más trabajadores (*vid.* también CCOL – Estatal - Pastas, Papel y Cartón - BOE nº 271, 10 de noviembre 2004). En otros sectores, se regula la duración del período de consultas (“30 días para las empresas que tengan Comité de empresa y en 15 días para aquellas que tengan delegado de personal”, CCOL – Girona – Tracción Mecánica de Viajeros, DOGC 4 de septiembre 2002, LEG 4956; o 30 días en cualquier caso, CCOL – Alicante – Madera Corcho, BO. Alicante 13 de agosto 2004, LEG 5405).

Otros Convenios, en caso de desacuerdo, establecen la obligación de remitir toda la información a la Comisión Paritaria, por ejemplo, para los supuestos de cese colectivo *ex* art. 51 TRET (y sólo con la potestad de emitir un informe), CCOL – Valencia Prov. – Hostelería, Cafés, Bares y Similares (BO. Valencia 4 de febrero 2005, LEG 1195).

*Vid.* al respecto también, **MOLINA NAVARRETE, MOLINA HERMOSILLA y VILLAR CAÑADA. Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997, op. cit., p. 68.**

<sup>1269</sup> Remitiéndose de forma expresa a la Ley, CCOL – Baleares - Metal (BO. Islas Baleares 20 de noviembre 2003, LIB 309).

<sup>1270</sup> Por ejemplo, CCOL – Estatal – Conservas Vegetales (BOE 2 de septiembre 2005, RCL 1771); CCOL – Estatal – Harina, Panificables y Sémolas (BOE 8 de septiembre 2004, RCL 2029); CCOL – Estatal – Industria Metalgráfica y de Fabricación de Envases Metálicos (BOE 18 de agosto 2005); CCOL – Estatal – Tejas, Ladrillos y Piezas Especiales de Arcilla (BOE 12 de agosto 2003); CCOL – Estatal - Pastas, Papel y Cartón, (BOE nº 271, 10 de noviembre 2004); CCOL – Madrid – Madera y Corcho (BOCM 4 de julio 2005, LCM 308); CCOL – Valencia Prov. – Hostelería, Cafés, Bares y Similares (BO. Valencia 4 de febrero 2005, LEG 1195), CCOL – Córdoba – Metal (BO. Córdoba 18 de diciembre 2004, LEG 7005); CCOL – Las Palmas – Comercio y Manufactura del Vidrio Plano (BO. Las Palmas 13 de enero 2006, LEG 957); CCOL – Madrid – Personal Laboral Universidades Públicas Comunidad de Madrid (BOCM 10 de enero 2006, LCM 16).

*Vid.* también un análisis al respecto (hasta 1996) en, **NAVARRO NIETO. Los despidos colectivos, op. cit., p. 134 a 138.**

<sup>1271</sup> En efecto, en lo relativo a la selección de los trabajadores, no es frecuente que los CCOL incluyan disposiciones específicas al respecto, salvo las relativas a reiterar las garantías de los representantes de los trabajadores “en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”. En esta línea *vid.*, CCOL – Estatal – Helados (BOE 10 de marzo 2006, RCL 527); CCOL – Estatal – Aparcamientos y Garajes (BOE 8 de febrero 2006, RCL 247); CCOL – Estatal – Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE 21 de diciembre 2005, RCL 2006\43); CCOL – Estatal – Transporte Aéreo con Helicópteros (BOE 22 de noviembre 2005, RCL 2283); CCOL – Extremadura – Oficinas y Despachos (DO. Extremadura 18 de febrero 2006, LEG 794); CCOL – Las Palmas – Vidrio (DO. Las Palmas 13 de enero 2006, LEG 957); CCOL – Guadalajara – Comercio (BO. Guadalajara 16 de enero 2006, LEG 1324); CCOL – Ourense y Lugo – Pizarra (DO. Galicia 30 de enero 2006, LEG 201); CCOL – Cuenca – Transportes por Carretera (BO. Cuenca 15 de diciembre 2005, LEG 2006\1302); CCOL – Toledo – Limpieza (BO. Toledo 22 de diciembre 2005, LEG 7715); CCOL – Cantabria – Comercio Textil (BO. Cantabria 10 de noviembre 2005, LCTB 310); CCOL – Madrid – Comercio de Pieles (BOCM 3 de octubre 2005, LCM 450); CCOL – Sevilla – Aceituna (BO. Sevilla 21 de octubre 2005, LEG 7652).

Este tratamiento en la negociación colectiva ha motivado que un sector de la doctrina reclame “una previsión heterónoma de criterios de selección que revista carácter supletorio con relación a la que pueda llevar a cabo la autonomía colectiva, sin que ello suponga negar el protagonismo y preferencia que en la regulación de esta materia debe tener la negociación colectiva”. **SOLÀ MONELLS. La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, op. cit., p. 297.**

<sup>1272</sup> No aplicación total o parcial de los incrementos salariales, si la empresa se halla en una situación de suspensión de pagos, concurso de acreedores o quiebra; o bien, si está incurso en un ERE que afecte a un 20% de la plantilla

Finalmente, también se prevén cláusulas en las que la empresa declara directamente la estabilidad en el empleo de la plantilla<sup>1274</sup>. O bien, renuncia expresamente a la utilización de medidas resolutorias por ‘causas de empresa’ durante la vigencia del convenio<sup>1275</sup>. Medidas que, en algunos casos, no implican la fosilización de la plantilla, pues, se enumeran mecanismos alternativos para solventar las situaciones de exceso de plantilla (a costa, en muchas ocasiones, - todo hay que decirlo - de los fondos de la Seguridad Social)<sup>1276</sup>.

En algún otro caso, la empresa se compromete a no instar un ERE, sin antes haber hecho uso de la “Bolsa de Horas”<sup>1277</sup> colectiva y/o individual<sup>1278</sup>. Mecanismo creado “a fin de

---

por causa económicas y aceptado por los representantes de los trabajadores (CCOL – Madrid – Madera y Corcho, BO. Com. Madrid 4 de julio 2005, LCM 308). O bien, afecte al 15% de la plantilla, si es debido a causas económicas (CCOL – Estatal – Instalaciones Deportivas, BOE 17 de marzo 2005, RCL 556).

<sup>1273</sup> CCOL – Madrid – Hostelería, Bares, Cafés y Similares (BOCM 15 de agosto 2005, LCM 363): “Queda, asimismo, expresada la conformidad de las partes en cuanto a la aceptación y realización de cualquier clase de descuelgue y el documento en el que, en su caso, se expresase, no significa ni es por sí mismo prueba fehaciente para acreditar situaciones críticas de la empresa a efectos de reducción de plantilla o amortización de vacantes”. En términos similares, CCOL – Madrid – Frutas, Hortalizas y Plátanos (BOCM 29 de enero 2005, LCM 37); CCOL – Madrid – Comercio (BOCM 25 de febrero 2004, LCM 78); CCOL – Madrid - Mayoristas y Minoristas de Juguetes, Deportes y Armerías Deportivas (BOCM 2 de septiembre 2003, LCM 422); CCOL – Madrid – Comercio del Mueble (BOCM 9 de abril 2003, LCM 182)

<sup>1274</sup> El CCOL Empresa Enagas, S. A. (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) declara que (art. 73) “se garantiza, durante la vigencia del presente Convenio, es decir, hasta el 31.12.08, la estabilidad en el empleo de los trabajadores fijos de la Empresa”. El CCOL – Cantabria - Pesca Marítima en Buques Arrastreros al Fresco (BO. Cantabria 5 de abril 2004, LCTB 117) declara que “Las empresas se comprometen durante la vigencia del presente convenio a respetar las plantillas mínimas, negociadas en este convenio” (art. 44).

<sup>1275</sup> El CCOL Grupo Generali España (BOE nº 280, 23 de noviembre 2005) se compromete a no iniciar un proceso de cese colectivo en un determinado departamento (Centro de Siniestros), hasta una determinada fecha, y a tratar las amortizaciones individuales mediante medidas alternativas de movilidad funcional y/o geográfica.

El CCOL Asociación Telefónica de Asistencia a Minusválidos (BOE nº 303, 20 de diciembre 2005) declara que (art. 48) “Durante el plazo de vigencia de este Convenio la Empresa se compromete a no hacer uso de la facultad concedida en el Artículo 49 apartado i) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, y desde la firma del presente Convenio y hasta la finalización de su plazo de vigencia la Empresa se compromete a no hacer uso de las facultades del Artículo 52 c) del Refundido Texto legal salvo acuerdo con la Representación de los Trabajadores a través de la Comisión de Negociación Permanente”.

El CCOL Central Nuclear de Alcaraz (BOE 17 de enero 2002, LEG 140) declara (art. 9): “Central Nuclear Almaraz, AIE’ con ánimo de seguir contando con la profesionalidad adquirida por sus empleados, así como con el interés de aportar una motivación especial a éstos se compromete durante la vigencia del XIV Convenio Colectivo a garantizar el empleo del personal de plantilla. Asimismo, en caso de que se produzca cualquier eventualidad que suponga el cierre total o parcial de las instalaciones que conlleven regulación de empleo, se creará una comisión conjunta que negociará de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo tratando de reconvertir dentro de la empresa a los trabajadores afectados”.

<sup>1276</sup> El CCOL Mahou, S.A. (BOE 1 de noviembre 2005) dispone (art. 53): “La plantilla fija solamente se amortizará en base a prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilaciones ordinarias, incapacidades, bajas voluntarias y fallecimientos que se produzcan. Si por cualquier circunstancia se produjeran excedentes de plantilla, la regulación de los mismos se llevaría a cabo con un sistema de prejubilaciones pactadas con el Comité Intercentros. La Empresa no utilizará ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores para extinguir contratos, salvo que medie acuerdo con el Comité Intercentros. Si, la aplicación de lo acordado anteriormente supusiera un riesgo cierto de viabilidad de la Empresa, ambas partes se comprometen a buscar una salida negociada y pactada”.

<sup>1277</sup> La bolsa de horas puede definirse como “un sistema que confiere a la empresa la facultad de modificar el horario y la distribución de la jornada laboral de los trabajadores, trasladando a fechas distintas de las inicialmente previstas las horas de trabajo y las de descanso, pero respetando el total”. STSJ Castilla y León (Valladolid) 31 de octubre 2005 (AS 3054).

<sup>1278</sup> CCOL Fasa Renault, S.A. (BOE 6 de julio 2004, RCL 4333).

utilizar la optimización de las fábricas siendo en los períodos de baja actividad el elemento alternativo a los expedientes de regulación de empleo”<sup>1279</sup>.

En cualquier caso, no dejan de ser actuaciones muy puntuales en un océano de silencio.

***d.- El control judicial de la resolución por excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’ y régimen jurídico de su ejecución procesal (remisión).***

Al igual que para el despido, la resolución del contrato por excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’ puede ser calificada como lícita o ilícita. En este segundo caso, cabe distinguir entre la calificación de improcedencia y nulidad, pues, como se sabe, cada una de ellas tiene habilitado un cauce procesal específico y diferenciado para exigir el cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del comportamiento ilegal del empresario. La repercusión de la respuesta legal a cada una de estas calificaciones judiciales en la configuración de la estabilidad en el empleo ya ha sido analizada con ocasión de la resolución por incumplimiento imputable. Por ello, sin voluntad de reiterar lo ya apuntado, a continuación, simplemente se van a destacar los aspectos que se diferencian con respecto al régimen del despido; remitiéndome en cuanto a la ejecución a lo expuesto anteriormente.

Si el órgano judicial estima que la resolución es procedente, se entiende que el contrato ha quedado extinguido en la fecha notificada al trabajador, con derecho al abono de la indemnización legal tasada de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce meses. Responsabilidad que tiene una importancia absolutamente medular en la configuración de la protección del empleo. La superación de la lógica “no hay responsabilidad sin culpa” tiene una repercusión directa en la prevención de un riesgo. La normativa relativa a los accidentes de trabajo es el ejemplo paradigmático. Y, en lo concerniente a la contingencia de la pérdida del empleo no es una excepción. Repárese que en estas situaciones el interés de la respuesta legal se centra en articular un sistema de fraccionamiento de los costes derivados de la pérdida del empleo entre los diversos sujetos intervinientes. De tal modo que el Legislador ha decidido imputar *una parte* al empresario como causante del riesgo y principal beneficiario; pero, sin olvidar que otra parte la asumirá, en su caso, la Seguridad Social en alguna de sus múltiples formulaciones, o bien, el propio trabajador.

La cuestión que se plantea en estas situaciones es, primero, si la forma de imputar estos costes es el mejor modo (más eficiente) para paliar adecuadamente los perjuicios derivados de la pérdida del empleo del trabajador, esto es, de garantizar una adecuada compensación; y, segundo, qué repercusión puede tener este sistema de financiación de los costes en las otras

---

<sup>1279</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 30 de junio 2005 (AS 2427); y STS 27 de diciembre 2001 (RJ 2004\7463).



dimensiones de la creación y el mantenimiento del empleo. Aspectos que, por el momento, sólo son enunciados, remitiéndonos a lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este estudio.

La improcedencia, en cambio, debe declararse en los supuestos en los que la causa alegada por el empresario no concorra o no haya podido ser suficientemente probada<sup>1280</sup>. En tal caso, el empresario debe o indemnizar al trabajador o readmitirle (art. 53.5 TRET) – salvo que la opción corresponda el trabajador –, estando obligado en ambos casos al abono de los salarios de tramitación, conforme a lo previsto en el art. 56.1.b) TRET<sup>1281</sup>. No obstante, para el caso de que le indemnice tiene que abonar la misma indemnización que la prevista para el despido improcedente<sup>1282</sup>. Y, para el caso de que le readmita, el trabajador debe reintegrarle la indemnización percibida. En ambos casos (readmisión o no) cabe entender, al igual que en el despido improcedente y en la resolución a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario que el trabajador tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios<sup>1283</sup>.

La respuesta legal, frente a este tipo de comportamiento ilícito empresarial es la misma que la prevista para el despido. Pudiéndose traer a colación las consideraciones efectuadas respecto de los efectos de esta medida legal desde la perspectiva de la estabilidad. Aunque con una importante particularidad. En efecto, si se trata de un contrato de fomento de la contratación indefinida y el empresario decide no readmitir al trabajador, como es bien sabido, la indemnización a abonar es de 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 meses<sup>1284</sup>. Importe del que deberá deducirse la cantidad de la inicialmente concedida (art. 53.5.b TRET y 122.3 TRLPL)<sup>1285</sup>. La repercusión de esta *rebaja* en la salvaguarda del empleo es indiscutible, pues, se reduce ostensiblemente el precio de salida del contrato. Sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente<sup>1286</sup>, sin negar que el objetivo de esta medida sea paliar los efectos derivados de la dificultad empresarial de probar el desequilibrio contractual ante los órganos jurisdiccionales, lo cierto es que desde un punto de vista preventivo se trata de una

---

<sup>1280</sup> No obstante, conviene tener en cuenta, como se ha expuesto, que la improcedencia también puede ser reconocida por el propio empresario en estos supuestos resolutorios, e incluso, en los contratos de fomento de la contratación indefinida (lo que a su vez comporta una limitación de los salarios de tramitación).

<sup>1281</sup> Debe entenderse que el trabajador tiene derecho a reclamar los salarios de tramitación correspondientes al período de preaviso cuando la empresa no lo respetó y lo sustituyó por la compensación económica, pues, mientras que ésta es una indemnización por el incumplimiento de los requisitos formales, los salarios de tramitación no son más que la responsabilidad del empresario por incurrir en mora. Interpretación que corrobora el art. 123.2 TRLPL. En contra, **ROMÁN TORRES**. *Excesiva morbilidad; y Calificación y efectos del despido objetivo*, *op. cit.*, p. 470 y 471.

<sup>1282</sup> *Vid. supra* el Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte). Aunque debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 33.8 TRET, así como la obligación del empresario de abonar la diferencia entre lo que debe abonar el Fogasa (40 %) conforme a las limitaciones del art. 33.2 TRET y lo que le correspondería al trabajador. SSTS 31 de octubre 1996 (RJ 8185); y 21 de noviembre 2001 (RJ 2002\982).

<sup>1283</sup> *Vid. supra* el Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>1284</sup> D. Ad. 1ª Ley 12/2001.

<sup>1285</sup> Sin contar las cantidades que el trabajador hubiera podido recibir en caso de incumplimiento del preaviso.

<sup>1286</sup> *Vid. el Apartado C del Capítulo III de la Segunda Parte de este estudio.*

medida ciertamente criticable. Especialmente, porque lejos de fomentar el respeto de la legalidad, es una invitación flagrante al incumplimiento de la Ley.

En cuanto a la nulidad cabe hacer una distinción en función de si se trata de un supuesto resolutorio *ex art. 52.c) TRET* o *ex art. 51 TRET*. En el primer supuesto, a diferencia del régimen del despido, la nulidad debe declararse en el caso de que el empresario incumpla los requisitos formales, con las especificidades legalmente previstas (art. 53.4 TRET) y anteriormente expuestas. También debe declararse la nulidad en los casos en los que, pretendiendo eludir el régimen previsto en el art. 51 TRET, se haya procedido al denominado “goteo artificial de ceses” (arts. 51.1.5º TRET y 122.2.d TRLPL)<sup>1287</sup>. Nulidad que, como se ha apuntado, no afectará a las resoluciones anteriores. Por otra parte, como se ha manifestado, tampoco deben calificarse como nulas las resoluciones que no respeten el orden de prioridad de los representantes de los trabajadores, pero no así las que incumplan la obligación de comunicación de la carta de cese a los mismos<sup>1288</sup>. Y, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, la respuesta legal frente al incumplimiento de los requisitos formales en estos supuestos resolutorios, debe interpretarse como una medida del Legislador para “compensar” a los trabajadores por el debilitamiento de la intervención administrativa en las extinciones por causas de empresa’. La cuestión a dilucidar que será analizada con posterioridad, es si con este mecanismo se alcanza una reducción de los costes derivados de la pérdida del empleo más eficiente que el existente con anterioridad a 1994. O, dicho de otro, si con esta medida la legislación laboral española se aproxima más al nivel de estabilidad socialmente deseado.

Por otra parte, al igual que en el despido, la nulidad también debe declararse si se aprecia la lesión de derechos fundamentales (art. 53.4 TRET), aplicándose los mismos parámetros operativos que los descritos con ocasión del despido. Y, finalmente, declarada la nulidad de la resolución por excesiva onerosidad, el empresario está obligado a readmitir al trabajador con el abono de los salarios de tramitación (art. 53.5 TRET).

En las resoluciones realizadas conforme a lo previsto en el art. 51 TRET, la nulidad debe declararse de oficio o a instancia de parte, si el empresario hubiera resuelto los contratos sin haber obtenido previamente la autorización administrativa (art. 124 TRLPL)<sup>1289</sup>. Ahora bien, respecto de los supuestos en los que la Administración deniega la autorización por entender que las circunstancias concurrentes no son suficientes y el empresario decide resolver, la doctrina no es pacífica. Para un sector (minoritario), el órgano judicial deberá declarar la

---

<sup>1287</sup> *Vid.* al respecto, STSJ Madrid 26 de diciembre 2000 (AS 2001\728).

<sup>1288</sup> STS 18 de abril 2007 (RJ 3770).

<sup>1289</sup> Por ejemplo, si media absoluta ausencia de tramitación del ERE; o bien, supuestos en los que el empresario comienza el expediente y resuelve los contratos antes de obtener la autorización; o bien, si resuelve los contratos existiendo un acuerdo, pero sin la preceptiva autorización (sin que haya transcurrido el plazo para que se considere concedida la autorización por silencio administrativo); o bien, a pesar de que la autorización ha sido rechazada.

improcedencia por falta de causa<sup>1290</sup>. En cambio, para otros autores, con mejor doctrina, a nuestro juicio, debe procederse a la declaración de nulidad<sup>1291</sup>.

Mayores problemas se plantean respecto de los efectos jurídicos que sobre los contratos de trabajo tiene la revocación administrativa o judicial de la resolución administrativa que autorizaba el expediente de regulación de empleo, especialmente, a partir de las cinco Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo 2006<sup>1292</sup>, pues, han supuesto una modificación de la doctrina jurisprudencial existente hasta la fecha. Con anterioridad, el criterio mantenido por el Alto Tribunal era la siguiente: en primer lugar, la declaración de nulidad del acto administrativo determina que la autorización concedida al empresario para proceder a la resolución contractual devenga ineficaz, lo que comporta, automáticamente, el restablecimiento de la relación contractual indebidamente resuelta, con la consecuencia de considerar el contrato de trabajo como si en ningún momento se hubiera extinguido. Para el TS, conforme a lo previsto en el art. 1303 CC, anulada la obligación, debe procederse a la restitución, volviendo ‘*ex tunc*’ a la situación que antes existía. Esto implica el retorno a la situación que tenía el trabajador antes de producirse la resolución en virtud del expediente de regulación de empleo, de modo que debe considerarse que el contrato de trabajo no se ha interrumpido<sup>1293</sup>. Y, para el caso de que la readmisión no acontezca, debe entenderse que se ha producido una resolución contractual sin causa, y por tanto el empresario debe abonar la compensación prevista en el art. 56.1.a) TRET. En este caso, para el cálculo de esta indemnización debe considerarse como “tiempo de servicios” el período que media entre el cese consecuencia del expediente de regulación de empleo autorizado y la reincorporación motivada por la revocación de la autorización, esto es, “teniendo en cuenta el período total de vigencia de la relación laboral extinguida”<sup>1294</sup>.

---

<sup>1290</sup> **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 180; y **ORTIZ LALLANA**. *La ejecución de sentencias de despido*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>1291</sup> Por todos, **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLRPL*. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández), Aranzadi 1997, p. 268 y 269; y *Los supuestos de readmisión en el despido*, *op. cit.*, p. 77 y 78. *Vid.* también en la doctrina, **MONTOYA MELGAR ET ALTRI**. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, *op. cit.*, p. 395; **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 162; **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 310; **CASAS BAAMONDE**. *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos*, *op. cit.*, p. 67; y **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, nota 47, p. 450.

En la doctrina judicial abogando por la nulidad, SSTSJ Murcia 13 de octubre 1999 (AS 3393); País Vasco 9 de julio 2002 (AS 2003\1764); y, SJS Madrid (nº 25) 25 de abril 2001 (AS 2105) - relativo a un supuesto de cese de actividad empresarial.

<sup>1292</sup> Caso *Hospital Clínico y Provincial de Barcelona*: rec. 4702/2004 (JUR 245397); rec. 5310/2004 (JUR 229287); rec. 2644/2005 (JUR 239464); y, rec. 3165/2005 (JUR 229228). Caso *Empresa Control System*: rec. 1763/2005 (JUR 235290).

<sup>1293</sup> STS 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269): “[L]a autorización, inicialmente concedida por la primitiva resolución administrativa, ha devenido ineficaz por la cancelación decretada por resolución posterior que revocó la otorgada en instancia. Bajo esta situación jurídica (...) la nulidad de la autorización debe comportar automáticamente, el restablecimiento de la relación contractual indebidamente extinguida”.

<sup>1294</sup> STS 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269): “El dato de que el empleador haya obtenido autorización administrativa para proceder al despido colectivo no constituye causa exoneradora de su obligación de indemnizar durante el período litigioso, cuando el acto administrativo autorizante ha sido declarado nulo (...)”. Por otra parte,

En segundo lugar, la anulación de la autorización administrativa obliga a la empresa a reparar los perjuicios causados a los trabajadores afectados, en virtud de los arts. 1101 y ss. CC. El hecho de que el art. 19.2 Decreto 969/1980 – aplicable a los supuestos enjuiciados – excluyera la posibilidad de reclamar los salarios de tramitación en el supuesto de que se interpusiera un recurso contencioso-administrativo<sup>1295</sup>, no impide que se pueda reclamar una indemnización por el período de inactividad, pues, dicho precepto simplemente excluye la vía de la acreditación automática de los mismos<sup>1296</sup>. En tal caso, al igual que para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, el trabajador tiene derecho a una compensación equivalente a los salarios dejados de percibir durante el tiempo de inactividad<sup>1297</sup>. A modo de corolario, en opinión del Alto Tribunal, “es lógico que el empresario tenga que soportar el coste de esa medida [la resolución] pues, en definitiva, fue él quien adoptó la medida de una extinción que ha sido declarada ilícita por la sentencia firme y que no debe gravar la esfera patrimonial del trabajador”<sup>1298</sup>. Lo que venía siendo un criterio doctrinal consolidado y pacífico<sup>1299</sup> (al menos, en casación) ha sufrido un giro radical con las cinco Sentencias del Alto Tribunal de 31 de mayo 2006<sup>1300</sup>. Circunstancia ciertamente sorprendente si se tiene en cuenta

---

la nulidad de la autorización comporta “la lógica consecuencia de considerar el contrato de trabajo como si en ningún momento se hubiera extinguido, lo que conduce a computar el tiempo litigioso del cese provisional en la prestación de servicios como período indemnizatorio”. En términos similares, STS 17 de enero 2002 (RJ 3757).

<sup>1295</sup> No obstante, pese a que la literalidad de la norma circunscribía esta regla a la impugnación judicial, la jurisprudencia ha entendido que su aplicación debía extenderse a los supuestos de impugnación en vía administrativa. SSTs 13 de diciembre 1990 (RJ 9783); y 30 de noviembre 1998 (RJ 10045).

<sup>1296</sup> Como sintetiza la STS 22 de noviembre 2005 (RJ 10048) – recogiendo el criterio de las SSTs 13 de diciembre 1990 (RJ 9783) y 30 de noviembre 1998 (RJ 10045) – “esa regla, fundada en la dificultad de reconstruir plenamente hacia el pasado la situación afectada por medidas suspensivas o extintivas de la relación laboral, en virtud de la imposibilidad de prestar el trabajo correspondiente al período de cese, determina que en estos casos la restitución – imposible ‘in natura’ de forma plena y recíproca – haya de instrumentarse, en su caso, a través de la indemnización. El mencionado artículo 19.2 del Decreto 696/92 no excluye la reparación, lo que en otro caso hubiera supuesto una decisión ‘ultra vires’, dado el rango de la norma, sino que se limita a aclarar que ésta no se realiza por la vía del artículo 56.1, b)”. Asumiendo este argumento, STS 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269).

<sup>1297</sup> STS 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269). En términos similares, STSJ País Vasco 7 de junio 2005 (AS 2286).

<sup>1298</sup> SSTs 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269); 17 de enero 2002 (RJ 3757); y 22 de noviembre 2005 (RJ 10048). Sin que, por otra parte, los trabajadores estén obligados a devolver al organismo gestor el importe de las prestaciones de desempleo que hubieran podido percibir. STS 30 de noviembre 1998 (RJ 10045). En tal caso, “las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo se considerarán indebidas por causa no imputable al trabajador, debiendo deducir el empresario las cantidades percibidas por aquél por tal concepto de los salarios dejados de percibir que le hubieran correspondido e ingresarlas en la entidad gestora”. STSJ País Vasco 7 de junio 2005 (AS 2286). En términos similares, SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 5 de noviembre; 15 y 8 de octubre; y 25 de septiembre 2001 (JUR 2002\19130, 2002\6629, 2002\5832, 2001\322882); y Cataluña 7 de octubre 2004 (AS 3217); y 31 de mayo 2002 (AS 2325).

<sup>1299</sup> De hecho, la doctrina laboral se había manifestado en términos similares. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS entienden que si la autorización de la autoridad laboral es revocada administrativa o jurisdiccionalmente por no concurrir el efecto causal, el acto autorizante debe ser declarado “nulo de pleno derecho, ex art. 62.1.f) LRJ-PAC, debiéndose revocar con efectos *ex tunc*, al verse afectada gravemente la propia fundamentación del acto”. Por consiguiente, la nulidad de la autorización administrativa por no concurrir la causa legalmente constitutiva y legitimadora de la resolución implica la de los ceses realizados a su amparo, “puesto que aquélla no desplegará los efectos que le son propios y habrá de reponerse la situación a su estado originario”. MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 312. *Vid.* también, GORELLI HERNÁNDEZ. *El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLPL*, op. cit., p. 267.

<sup>1300</sup> Rec. 4702/2004 (JUR 245397); rec. 5310/2004 (JUR 229287); rec. 1763/2005 (JUR 235290); rec. 2644/2005 (JUR 239464); y, rec. 3165/2005 (JUR 229228). En todas ellas, el ponente es el Magistrado Sr. Martín Valverde,

que el Tribunal Supremo ha mantenido en el corto espacio de tiempo que media entre estas sentencias y las resoluciones inmediatamente precedentes de 22 de noviembre 2005<sup>1301</sup> y 24 de enero 2006<sup>1302</sup> criterios absolutamente dispares. Pues bien, en la actualidad, en una decisión no exenta de controversia, para el criterio mayoritario de la Sala, la revocación de la autorización de la Autoridad Laboral (administrativa o jurisdiccional), y la consiguiente declaración de nulidad de la resolución contractual, no faculta al trabajador para reclamar una compensación económica por el tiempo que ha permanecido inactivo; lo que, paralelamente, no impide que pueda retener la compensación económica que en su día se le entregó en virtud de lo previsto en el art. 51.8 TRET. Si bien debe aplaudirse la voluntad del TS para evitar que recaiga sobre el empresario las consecuencias de un proceso judicial excesivamente dilatado en el tiempo, no justifica que para evitarlo, tenga que procederse a forzar el sentido de la norma hasta el punto de hacer tambalear los fundamentos de la institución resolutoria por ‘causas de empresa’. Y, más aún, si lo que se obtiene como resultado son interpretaciones que difícilmente pueden justificarse desde una perspectiva dogmática y técnico-jurídica y que, además, no contribuyen en absoluto a la seguridad del tráfico jurídico.

Por todo ello, parece que lo más adecuado sería que el Alto Tribunal, por lo menos, tratara de reconducir su doctrina volviendo a la senda marcada por las resoluciones inmediatamente precedentes de 22 de noviembre 2005<sup>1303</sup> y 24 de enero 2006<sup>1304</sup>, pese a sus deficiencias<sup>1305</sup>. No obstante, la *solución óptima* sería que se entendiera que el contrato no se ha podido aplicar por circunstancias imputables al empresario (art. 30 TRET), aplicándose el régimen jurídico previsto en los arts. 53.5, 56.1.b y, sobre todo, el art. 57 TRET<sup>1306</sup>.

- En cuanto a las normas procesales sobre ejecución provisional como definitiva nos remitimos a lo expuesto con ocasión del análisis del despido.

---

salvo la que resuelve el recurso de casación nº 4702/2004 (JUR 245397), dictada por el Magistrado Sr. Varela Autrán.

<sup>1301</sup> RJ 10048.

<sup>1302</sup> RJ 2006\923. Que siguen el criterio jurisprudencial fijado por las SSTs 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269) y 17 de enero 2002 (RJ 3757).

<sup>1303</sup> RJ 10048.

<sup>1304</sup> RJ 2006\923. Que siguen el criterio jurisprudencial fijado por las SSTs 21 de diciembre 2001 (RJ 2002\4269) y 17 de enero 2002 (RJ 3757).

<sup>1305</sup> Sin olvidar que el empresario puede tratar de reclamar una indemnización al Estado por entender que ha sufrido una lesión en sus bienes y/o derechos. Resarcimiento que, como se sabe, está condicionado a que se demuestre que dicha lesión es consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado. *Vid.* al respecto, SSTs [C-A] 28 de febrero (RJ 4734) y 21 de abril 2005 (RJ 4314).

<sup>1306</sup> *Vid.* al respecto, **BELTRAN DE HEREDIA RUIZ**. *Efectos jurídicos de la revocación de la resolución administrativa que autoriza un expediente de regulación de empleo sobre el contrato de trabajo inicialmente resuelto (comentario a las - cinco - Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo 2006)*. ASoc nº 21, 2006, versión digital (BIB 2006\2791).

### ***3.2.- La Resolución del contrato por excesiva onerosidad por ‘otros’ motivos no inherentes al trabajador: los apartados a), b) y d) del art. 52 TRET.***

La facultad empresarial de sustraerse del contenido del contrato y, más concretamente, para resolverlo, no se circunscribe a los supuestos en los que concurran las denominadas ‘causas de empresa’<sup>1307</sup>. Junto a hechos sobrevenidos de tal naturaleza, el empresario está facultado para resolver el contrato en base a ciertas circunstancias de naturaleza heterogénea, pero cuyo común denominador, en un primer nivel de análisis, es la inimputabilidad del trabajador. En la búsqueda de la fundamentación dogmática de esta facultad resolutoria empresarial, puede afirmarse que nos encontramos, sin duda, ante un nuevo supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1308</sup>. La vinculación de este supuesto resolutorio con la estabilidad en el empleo es una consecuencia de la aceptación de la *dimensión organizativa* del contrato de trabajo, analizada con ocasión del estudio de la excesiva onerosidad.

Desde la perspectiva de la salvaguarda del empleo, la cuestión se centra en poder distinguir entre la extinción lícita y la ilícita, pues, las consecuencias jurídicas y, sobre todo, su repercusión en la estabilidad varían ostensiblemente. Por otra parte, al igual que en la resolución por ‘causas de empresa’, nos hallamos ante una lógica resarcitoria que supera la lógica “no hay responsabilidad sin culpa”. Extremos a los que nos remitimos para evitar resultar excesivamente reiterativos. Por ello, como se ha apuntado, el verdadero interés reside en la tarea de identificar los parámetros que jurídicamente posibilitan la distinción entre la extinción justificada de la que no lo es. Esto es, que describen el riesgo que excede del *alea* normal.

El art. 52 TRET describe tres supuestos de desequilibrio contractual. En concreto se faculta al empresario para resolver el contrato en por ineptitud sobrevenida (apartado a.-), por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas (apartado b) y por faltas de asistencia (apartado d.-). Sin duda se trata de riesgos poco frecuentes y, por consiguiente, pueden calificarse como fuentes de inestabilidad de “baja intensidad”. Y, por ello, salvo en lo relativo a la ineptitud, tradicionalmente no han tenido un predicamento excesivamente extendido<sup>1309</sup> (especialmente si se compara con el supuesto previsto en el apartado c.-); aunque, recientemente puede apreciarse una revitalización por vía jurisprudencial de alguno de ellos,

---

<sup>1307</sup> Al que debe entenderse incluido en previsto en el apartado e) del art. 52 TRET. *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1308</sup> *Cfr.* SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 166; y *La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 260 y 261; GORELLI HERNÁNDEZ. *Ineptitud conocida o sobrevenida*. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Juan Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004, p. 376; y (en relación a la resolución por ineptitud), SEMPERE NAVARRO y ARIAS DOMÍNGUEZ. *Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador. Comentario a la STS n.d. 22 de julio 2005*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1309</sup> ALEMÁN PÁEZ. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 373.

como por ejemplo, el previsto en el apartado d.-). Circunstancia que renueva el interés por estos supuestos resolutorios.

Con carácter previo a la exposición detallada de estos (tres) supuestos de resolución por excesiva onerosidad, conviene realizar un ejercicio de contextualización, debiéndose puntualizar que, desde un punto de vista conceptual, el empleo de la expresión “motivos no inherentes a la persona del trabajador” está referida única y exclusivamente, al igual que en los supuestos de resolución por causa de empresa, a circunstancias inimputables, esto es, a incumplimientos contractuales que no se derivan de comportamientos graves y culpables del trabajador. Parámetros que, como se sabe, describen la figura del despido. Es evidente que tales supuestos resolutorios tienen una estrecha vinculación con la persona del trabajador, pero lo trascendente, desde el punto de vista de la dogmática jurídica y de la ineficacia del contrato es que no concurre un comportamiento imputable<sup>1310</sup>.

### **3.2.1.- Descripción de los motivos resolutorios.**

#### **3.2.1.1.- Resolución del contrato por ineptitud sobrevenida (art. 52.a TRET).**

Como se ha avanzado la resolución del contrato por ineptitud sobrevenida puede subsumirse claramente en un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1311</sup>. Sin embargo,

---

<sup>1310</sup> En cambio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, analizando la extinción del contrato por ineptitud, afirma que si bien estima que este supuesto no puede calificarse como un supuesto extintivo imputable al trabajador, critica que quede subsumida como una causa de extinción “objetiva”, dado que se trata de una “causa subjetiva o, quizás mejor, una causa ‘personal’, aunque, eso sí, medible con arreglo a criterios más o menos objetivos”. RODRÍGUEZ-SAÑUDO. *Despidos por causas objetivas en la Europa Comunitaria y en España*, op. cit., p. 284 y 285. En términos similares, GARCÍA FERNÁNDEZ. *El rendimiento debido en la relación de trabajo*, op. cit., p. 390.

<sup>1311</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 166; GORELLI HERNÁNDEZ. *Ineptitud conocida o sobrevenida*, op. cit., p. 376; y FITA ORTEGA. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., nota 157, p. 81. Sin identificarlo con la excesiva onerosidad GARCÍA FERNÁNDEZ, recogiendo el criterio jurisprudencial, entiende que se suele adoptar como criterio de valoración la “falta de provecho o utilidad del trabajo que recibe el empresario”. GARCÍA FERNÁNDEZ. *El rendimiento debido en la relación de trabajo*, op. cit., p. 391. Repárese que en este supuesto se pone nuevamente de manifiesto que la tesis de la excesiva onerosidad no sólo opera en supuestos *imprevisibles*, sino que también puede operar en circunstancias *imprevistas* por las partes al perfeccionarse el contrato, pudiendo por tanto acontecer de un modo progresivo a sabiendas del empresario y del propio trabajador (por ejemplo, enfermedad que va agravándose progresivamente).

En cambio, VIDA SORIA aboga por otro tipo de explicación. Según este autor, es posible identificar un conjunto de supuestos de falta de rendimiento – de trabajo defectuoso – no provenientes de la imposibilidad sobrevenida y excluidos de toda voluntariedad (o intencionalidad) del trabajador. La ineptitud debe calificarse, entonces, como una *falta objetiva de rendimiento por parte del trabajador*, permaneciendo la posibilidad física de su cumplimiento; por lo que “ha de entenderse como incumplimiento objetivo de la, objetivamente valorable, obligación de rendimiento, que se sitúa en el modo de la prestación de trabajo”. VIDA SORIA. *La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado*, op. cit., p. 114 a 116. Tesis completada por ORTIZ LALLANA aportando una definición de “rendimiento debido”, referido no sólo a la obtención de un resultado cuantitativo (a la utilidad que se obtiene de una cosa), sino también referido a la necesidad de “seguir una conducta acorde con criterios cuya observancia es necesaria a efectos de obtener ese resultado”. Convirtiéndose – citando a GARCÍA FERNÁNDEZ - en “un modo exigible en la ejecución de la prestación y el desarrollo en una determinada forma de las facultades que, en cuanto realización del trabajo, se ponen a disposición del empresario”. A partir de estos elementos, entiende que pese a que la ineptitud pudiera calificarse como un supuesto de resolución contractual, debe descartarse dado que “la

este supuesto resolutorio ha padecido a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo español un tratamiento sistemático ciertamente inadecuado. En efecto, hasta la promulgación de la RDLRT<sup>77</sup>, y pese a las reiteradas y prolongadas críticas de la mayor parte de la doctrina<sup>1312</sup>, la regulación de este supuesto resolutorio por excesiva onerosidad sobrevenida se ha calificado como un supuesto de despido<sup>1313</sup>. Finalmente, en 1977 se excluye definitivamente de las causas que justifican la extinción del contrato por incumplimiento “por no llevar aparejada culpabilidad”<sup>1314</sup>, quedando insertada en el denominado “*despido* por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa”<sup>1315</sup>. Criterio seguido con posterioridad, aunque bajo el título de “extinción del contrato por causas objetivas”, por el ET<sup>80</sup> (art. 52.a)<sup>1316</sup> y que ha permanecido hasta la fecha (art. 52.a TRET).

La ineptitud se refiere a una “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.”<sup>1317</sup>. La ineptitud ha de ser valorada en relación con el trabajo objeto de la prestación que debe ejecutarse por obligación, de manera que no cabe apreciarla cuando se realizan trabajos distintos a los propios de la categoría profesional (art. 39.3 TRET)<sup>1318</sup>. Por tanto, la ineptitud debe reflejarse en la relación laboral,

---

decisión del empresario es eficaz por sí misma”; por lo que entiende que debe hablarse de un desistimiento causal objetivo. **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 272 a 274 y 317 a 324.

<sup>1312</sup> Abogando para la inadecuada ubicación de esta causa extintiva, entre otros, **CARRO IGELMO**. *El despido justo*, op. cit., p. 186; **ALONSO OLEA**. *El Despido*, op. cit., p. 135 y 136; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 94; **VAZQUEZ RICHART**. *Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria*, op. cit., p. 172; **SAGARDOY BENGOCHEA**. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, op. cit., p. 87; y *Ineptitud, despido y desempleo*, op. cit., p. 13; **DURÁN LÓPEZ**. *El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido*, op. cit., p. 87 y 88; **TOVILLAS ZORZANO**. *Causas de terminación del contrato de trabajo independientes de la voluntad de los sujetos que afectan a la extinción de los mismos*, op. cit., p. 435; **GOÑI SEIN**. *La ineptitud del trabajador como causa de despido*, op. cit., p. 413 y 414; **PRADOS DE REYES**. *Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral*, op. cit., p. 22; **GONZÁLEZ ORTEGA**. *La ineptitud como causa de despido y su realización con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral*, op. cit., p. 204; **QUESADA SEGURA**. *Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre la ineptitud del trabajador como causa de despido*, op. cit., p. 46 y 47; y **FITA ORTEGA**. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 11 y 12.

Sin embargo, recuérdese que, desde un punto de vista conceptual, esta sistematicidad ha tenido una gran repercusión desde la perspectiva del análisis dogmático de la institución del despido, pues, ha sido utilizado por un sector de la doctrina (**RODRÍGUEZ-PINERO** y **BRAVO-FERRER**) para justificar que el empleo del término “despido” estaba desvinculado de los supuestos de incumplimiento grave y culpable (concretamente para afirmar que la expresión “justas causas imputables”, ex art. 46 LJM<sup>31</sup>, no se refería a la conducta culpable del trabajador - *vid. supra* el Epígrafe I.1 del Apartado C del Capítulo IV - Primera Parte).

<sup>1313</sup> Como se sabe, en el listado de circunstancias imputables al trabajador, el art. 89.6 LCT<sup>31</sup> incluía a la ineptitud (*vid. al respecto supra*). Imprecisión que se incorporará posteriormente al art. 77 LCT<sup>44</sup>.

<sup>1314</sup> Apartado V del Preámbulo del RDLRT<sup>77</sup>.

<sup>1315</sup> [La cursiva es nuestra]. Capítulo III del Título V del RDLRT<sup>77</sup>.

<sup>1316</sup> Paralelamente, de forma coherente, la Ley Básica de Empleo en 1980 entiende que la ineptitud es un supuesto de paro involuntario y, por lo tanto, constitutivo de una situación de desempleo por causa no imputable.  *Vid. al respecto*, **ALONSO OLEA**. *El paro forzoso y su aseguramiento*. RPS n° 129, 1981, p. 19; y **RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER** y **GONZÁLEZ ORTEGA**. *La extinción del contrato de trabajo y el desempleo*, op. cit., p. 39 y 40.

<sup>1317</sup> STS 2 de mayo 1990 (RJ 3937). En términos similares, STSJ Cataluña 10 de junio 2005 (AS 1601).

<sup>1318</sup> SSTSJ Andalucía (Málaga) 6 de junio 2003 (AS 3660); y Cataluña 12 de mayo 1999 (AS 1473). Precepto - el art. 39.3 TRET - que plantea números conflictos interpretativos. En especial, por la referencia al concepto “funciones



traduciéndose en una prestación defectuosa, esto es, en un rendimiento cualitativa o cuantitativamente deficiente o incluso inexistente<sup>1319</sup>.

La jurisprudencia ha declarado que la ineptitud “ha de ser - para producir los efectos resolutorios del contrato de trabajo - permanente y no meramente circunstancial, imputable al trabajador y no achacables a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada ya que ésta se integraría en otro tipo de falta general o sea referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas<sup>1320</sup>, de suficiente entidad es decir una aptitud apreciablemente inferior a la media normal<sup>1321</sup>, y sobre todo independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, aunque así en ocasiones a abulia o descuido”<sup>1322</sup>.

La ineptitud puede estar motivada por diversas causas<sup>1323</sup>: a) Por falta de los conocimientos o la habilidad precisos para desempeñar el trabajo; y ello, tanto si es debido a la ausencia de formación suficiente, a un déficit físico o a una capacidad intelectual disminuida, a

---

habituales”. *Vid.* al respecto, **VALVERDE ASENCIO**. *La limitación del despido por ineptitud sobrevinida o falta de adaptación en los supuestos de movilidad funcional*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\994). Autor que, por otra parte, aboga por relativizar la imposibilidad de acudir a la resolución cuando concurren estas circunstancias (entendiéndose que lo que se prevé es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario).

<sup>1319</sup> **FITA ORTEGA**. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 19. Como afirma **ARIAS DOMÍNGUEZ** – que sigue el planteamiento de **BRIONES GONZÁLEZ** - “al funcionamiento del motivo le es indiferente, en principio, cual sea la etiología de dicha ineptitud, en la medida que lo único que importa es, precisamente, la pérdida de rendimiento en el trabajo”. Por ello, se afirma que “entre la ineptitud y la disminución voluntaria y continuada del rendimiento en el trabajo se van a montar complicadas relaciones de trasvase, lo que da lugar a no pocos despropósitos”. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, *op. cit.*, p. 87 y 88. Autor que analiza las diferencias entre la ineptitud y la disminución de rendimiento (p. 111 y ss.)

<sup>1320</sup> En definitiva, como apunta **FITA ORTEGA**, se evidencia el problema de determinar la prestación debida en los supuestos en los que la identificación del objeto del contrato se realiza mediante la adscripción del trabajador a una determinada categoría o grupo profesional. Así, a la hora de valorar la deficiencia en el rendimiento caben dos posibilidades: o bien, identificar la deficiencia con respecto a la prestación de servicios que habitualmente desarrolla el trabajador; o bien, entender que la ineptitud sólo es apreciable ante la falta de aptitud para desarrollar la totalidad o la mayor parte de los cometidos que definen al grupo o la categoría profesional. Debiéndose entender que la más adecuada es la primera. **FITA ORTEGA**. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 20 a 23.

<sup>1321</sup> Lo que por otra parte, plantea un nuevo conflicto, pues, debe determinarse cómo se valora el defecto de rendimiento debido, así como qué intensidad de riesgo debe concurrir para poder resolver el contrato y, finalmente, quién está en disposición de valorarlo. En cuanto a la primera cuestión (salvo en los supuestos de trabajadores disminuidos – art. 20.3 TRET), el defecto de rendimiento debe mensurarse en base al rendimiento previsto en la norma aplicable – convenio colectivo o contrato – o, en su defecto, en comparación con el de los compañeros (sin que deba evaluarse en función del rendimiento obtenido del mismo trabajador en períodos anteriores). En cuanto a la mensuración del riesgo, debe tratarse de una disminución del rendimiento de cierta intensidad y permanente. Finalmente, cuestionándose la legalidad de la resolución del contrato por ineptitud, sólo corresponde al Juez, valorar su adecuación al ordenamiento, con independencia de la existencia de organismos públicos encargados de valorar las incapacidades. **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 278 a 280 y 283 a 287; y **FITA ORTEGA**. *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 29 a 39.

<sup>1322</sup> STS 14 de julio 1982 (RJ 4613); y SSTSJ Canarias (Las Palmas) 26 de febrero 2004 (AS 682); y Cantabria 27 de noviembre 2001 (AS 2002\223).

Recogiendo estos parámetros en la doctrina, **ALEMÁN PÁEZ**. *El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 373 y 374.

<sup>1323</sup> SSTSJ Canarias (Las Palmas) 26 de febrero 2004 (AS 682); Cantabria 2 de julio 2004 (AS 774); y 27 de noviembre 2001 (AS 2002\223); Navarra 24 de julio 2001 (AS 3445). En la doctrina, recogiendo estos criterios, **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, *op. cit.*, p. 245 y 246. Para **ARIAS DOMÍNGUEZ**, no se trata de una enumeración cerrada, pues, pueden darse situaciones de ineptitud que no puedan encuadrarse en alguno de estos motivos, como por ejemplo, en empresas ideológicas existe una falta de coincidencia en el ideario empresarial. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, *op. cit.*, p. 106.

condición, de que ello provoque una ineptitud que sitúe al trabajador por debajo de la normalidad; b) Aparición de causas psíquicas en el trabajo que, teniendo los conocimientos y la habilidad precisa para realizar su trabajo, no puede llevarlo a cabo por dichas causas<sup>1324</sup>; y c) Ausencia de requisitos legales que autorizan para realizar el trabajo, aunque el trabajador tenga los conocimientos, la habilidad y la posibilidad física y psíquica de llevarlo a cabo<sup>1325</sup>; incluyendo la no obtención de habilitaciones de esa índole requeridas al mismo efecto por las disposiciones reglamentarias posteriores a la contratación”<sup>1326</sup>.

En este sentido, la doctrina judicial ha afirmado que “es irrelevante cuál sea la causa determinante de la ineptitud sobrevenida del trabajador para que la empresa pueda hacer uso de la facultad que le atribuye el artículo 52 TRET, de tal suerte que incluso aunque en la causación del accidente de trabajo del que se deriva la ineptitud del trabajador se advierta la existencia de culpa o negligencia del empresario por omisión de medidas de seguridad, ello no impide ni supone incurrir en fraude de Ley el que pueda hacerse uso de la facultad de resolver el contrato con amparo en el artículo 52 TRET”<sup>1327</sup>.

Por otra parte, “no es necesario que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo”<sup>1328</sup>. Es importante remarcar que el concepto de ineptitud sobrevenida es diferente al concepto de incapacidad permanente que, como se sabe, justifica la extinción del contrato *ex art. 49.1.e) TRET*<sup>1329</sup>.

No obstante, conviene realizar algunas matizaciones. En primer lugar, “la invalidez permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebasa el grado de parcial”<sup>1330</sup>. Por otra parte, las declaraciones de incapacidad permanente sin derecho a prestación económica por carecer del período de carencia exigible, deben calificarse como nulas y carecen de efectos jurídicos. Por consiguiente, sin perjuicio de lo que se expondrá al analizar

---

<sup>1324</sup> STS 7 de julio 1986 (RJ 3961).

<sup>1325</sup> SSTs 9 de julio 1983 (RJ 3753); 29 de marzo 1984 (RJ 2448); 29 de diciembre 1988 (RJ 9938); y 3 julio 1989 (RJ 5422); STSJ Castilla y León (Valladolid) 23 de marzo 2005 (JUR 175625).

<sup>1326</sup> SSTSJ País Vasco 6 de julio 2004 (AS 3733) – citando numerosos pronunciamientos al respecto. No obstante, un sector de la doctrina entiende que en tales casos no puede hablarse propiamente de ineptitud, sino que debe entenderse el cumplimiento de la condición resolutoria tácita que se incorpora en determinados contratos. Citando a SAGARDOY BENGOCHEA, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 304 y 305. Otros autores, condicionan la efectividad de este supuesto resolutorio a lo que eventualmente puede prever el convenio colectivo al respecto, **TOSCANI GIMÉNEZ**. *La ineptitud sobrevenida por revocación de habilitación profesional (especial referencia al permiso de conducir de los transportistas) y su tratamiento en la negociación colectiva*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 403 y ss.

<sup>1327</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) 12 de marzo 2004 (AS 562). Y la STSJ Cataluña 16 de junio 2003 (AS 2606) declara que “En el caso de ineptitud de carácter físico (...) ésta puede existir cualquiera que sean los motivos y el origen de las dolencias sólo se exige que éstas sean sobrevenidas o posteriores a la relación laboral y a la fecha de iniciación del trabajo”. *Vid.* también, STSJ Andalucía (Málaga) 6 de junio 2003 (AS 3660).

<sup>1328</sup> STSJ Cataluña 10 de junio 2005 (AS 1601).

<sup>1329</sup> SSTSJ Cataluña 31 de octubre 1997 (AS 3919); y 10 de junio 2005 (AS 1601); Comunidad Valenciana 21 de abril 2005 (AS 1408); y Andalucía (Málaga) 6 de junio 2003 (AS 3660).

<sup>1330</sup> STS 14 de abril 1988 (RJ 2960). *Vid.* al respecto en la doctrina, entre otros, **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas (Comentario a la STSJ Canarias-Las Palmas 9 julio 1996)*. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1432); y **SALA FRANCO**. *Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales*. RTS nº 12, 1991, p. 15.

la extinción del contrato por incapacidad permanente, el trabajador afectado puede “continuar desarrollando su actividad laboral y manteniendo la situación de alta y su cotización a la Seguridad Social”<sup>1331</sup>. Lo que no impide al empresario a resolver el contrato a través del art. 52 TRET.

En segundo lugar, conviene tener presente dos aspectos que delimitan el ámbito de aplicación del art. 52.a) TRET. En un extremo, lo previsto en el art. 1.1 Decreto 1451/1983, 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos<sup>1332</sup>, pues, un sector de la doctrina judicial ha afirmado que impide la aplicación del art. 52 a) TRET<sup>1333</sup> (sin que, por otra parte, exista unanimidad al respecto<sup>1334</sup>). Además, debe tenerse en consideración lo previsto en el art. 25.1 LPRL, pues, en las situaciones en las que no sea posible eliminar el riesgo que afecta al “trabajador especialmente sensible”, deberá entrar en juego la prohibición de empleo prevista en el citado precepto, comportando la reubicación del

---

<sup>1331</sup> STS 29 de septiembre 2004 (RJ 7986). Por otra parte, siguiendo con el citado pronunciamiento, conviene tener presente que “si esta situación es aceptada por la Entidad Gestora sin cuestionar la procedencia del alta y las cotizaciones realizadas, estas cotizaciones han de producir plenos efectos cuando posteriormente solicita de nuevo una prestación de incapacidad permanente, salvo que se acreditara que tales cotizaciones son ficticias por no corresponder a un trabajo efectivamente realizado”. En la doctrina *vid.* **TOSCANI JIMÉNEZ**. *Relaciones y prestaciones de la ineptitud con la incapacidad permanente y la incapacidad temporal*. DL nº 75, 2005, p. 37 y ss.

<sup>1332</sup> Art. 1.1 Decreto 1451/1983: “Si la incapacidad permanente parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa”.

Para poder proceder a la reducción del salario, la doctrina judicial ha declarado que no basta con la declaración de la incapacidad parcial, sino que el empresario debe acreditar que efectivamente se ha producido una disminución del rendimiento. STSJ Galicia 24 de noviembre 2000 (AS 3866). En la doctrina, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 298; **LUJÁN ALCARAZ**. *El derecho a ocupar un nuevo puesto de trabajo como consecuencia de la declaración de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\810); y **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, nota 21, p. 59. En sentido contrario, presuponiendo la disminución del rendimiento derivada de la propia declaración de incapacidad parcial, STSJ Cataluña 8 de julio 1998 (AS 3188).

Finalmente, según lo previsto en el art. 1.2 Decreto 1451/1983, “Los trabajadores que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobrarán su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniese ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente”.

<sup>1333</sup> STSJ Murcia 23 de abril 1992 (AS 1818).

<sup>1334</sup> *Vid.* STSJ Navarra 31 de julio 1997 (AS 2536). Para un sector de la doctrina laboral, el art. 1.1 Decreto 1451/1983, pese a suponer una importantísima restricción, no restringe por completo el juego del art. 52.a) TRET, especialmente, en aquellos supuestos en los que “donde las medidas previstas en dicha norma sean de imposible cumplimiento y la única salida sea la extinción de la relación laboral”. **SOLÀ MONELLS**. *La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 375.

Por otra parte, conviene tener presente que la aplicación del art. 1.1 Decreto 1451/1983 está condicionada a la “declaración” de incapacidad permanente parcial, lo que, en principio, significa que no es de aplicación en aquellos supuestos en los que el trabajador, pese a acreditar una incapacidad permanente parcial, no tienen derecho a la prestación (por ejemplo, por carecer de la carencia exigida). No obstante, un sector de la doctrina es partidario de realizar una interpretación finalista de la norma, extendiendo la protección del citado precepto a aquellos supuestos en los que el INSS haya reconocido que el trabajador sufre una disminución de rendimiento con entidad suficiente para configurar una incapacidad permanente parcial. **SOLÀ MONELLS**, *op. cit.*, p. 376.

trabajador a otro puesto de trabajo, y por tanto, imposibilitando, en un primer momento, el juego del art. 52.a TRET<sup>1335</sup>. En el otro extremo, “quedan excluidas las situaciones de IT, que por su carácter transitorio, si bien impiden al trabajador realizar su cometido, no son causa de una real y definitiva ineptitud”<sup>1336</sup>.

Y, finalmente, habrá que estar a lo que se haya podido prever en la negociación colectiva al respecto, pues, cabe la posibilidad de que se haya aceptado restringir el ámbito de aplicación de este precepto<sup>1337</sup>.

Por todo ello, para el caso de que no sean aplicables ninguna de las disposiciones descritas, puede afirmarse que “cualquier secuela física, aunque no origine la situación de incapacidad permanente, pero que limite la capacidad del trabajador impidiéndole un rendimiento normal puede dar lugar a la resolución por ineptitud”<sup>1338</sup>. Pero, para ello, aunque se declare la incapacidad permanente parcial, es necesario que esa ineptitud esté debidamente acreditada, de manera que resulte indubitado que el trabajador no puede realizar su trabajo habitual<sup>1339</sup>.

La inidoneidad puede ser sobrevenida u originaria, esto es, evidenciarse “con posterioridad a la formalización del vínculo laboral, o con desconocimiento del empresario si la ineptitud es anterior a su inicio”<sup>1340</sup>. Pues, “si son anteriores y conocidos del empresario se está asumiendo por el mismo la incapacidad preexistente y no podrá ser posteriormente invocada como causa de resolución del contrato”<sup>1341</sup>.

---

<sup>1335</sup> SOLÀ MONELLS. *La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad*, op. cit., p. 378 y 379.

<sup>1336</sup> SSTSJ Canarias (Las Palmas) 26 de febrero 2004 (AS 682); y Andalucía (Málaga) 6 de junio 2003 (AS 3660); Navarra 24 de julio 2001 (AS 3445). Recogiendo estos límites en la doctrina, SAMPER JUAN. *El despido objetivo*, op. cit., p. 248 y 249.

<sup>1337</sup> *Vid.* sobre esta cuestión *infra*. Y en la doctrina, TOSCANI GIMÉNEZ. *El despido por ineptitud sobrevenida tras la denegación de la situación de incapacidad permanente*. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006, p. 388 a 390.

<sup>1338</sup> GORELLI HERNÁNDEZ. *Ineptitud conocida o sobrevenida*, op. cit., p. 387 y 388. Aunque para la STSJ Andalucía (Sevilla) 3 de abril 2003 (AS 2798), “tras la reforma de la Ley 42/1994, que alude a la declaración de invalidez permanente por el órgano de calificación como presupuesto de los efectos suspensivos del art. 48.2 TRET en ciertos casos, tal exigencia se puede trasladar a los efectos extintivos en los demás supuestos, configurándose, pues, como requisito necesario para la extinción del contrato, la existencia de declaración administrativa de invalidez del trabajador”.

<sup>1339</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana 21 de abril 2005 (AS 1408); y 15 de abril 2005 (AS 1445); Galicia 2 de abril 2004 (AS 1668); Canarias (Las Palmas) 26 de febrero 2004 (AS 682); Navarra 24 de julio 2001 (AS 3445). En la doctrina, SAMPER JUAN. *El despido objetivo*, op. cit., p. 249; y TOSCANI JIMÉNEZ. *Relaciones y prelación de la ineptitud con la incapacidad permanente y la incapacidad temporal*, op. cit., p. 41 y 42.

<sup>1340</sup> SSTSJ Cataluña 10 de junio 2005 (AS 1601); 24 de marzo 2005 (AS 1215); y 5 de octubre 2004 (AS 3363).

<sup>1341</sup> STSJ Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1215). En la doctrina se afirma que el período de prueba “subsana la ineptitud originaria sea o no fácilmente detectable por el empresario, ya que éste está obligado por el artículo 14 del ET, a realizar las experiencias necesarias para detectarla”. BLAT MELLADO. *Extinción del contrato por causas objetivas*. En “El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo”. EDESA. Madrid, 1981, p. 403 y 404. En este sentido, la doctrina ha destacado que la referencia al período de prueba en el art. 52.a) TRET no debe interpretarse como un mandato del legislador al empresario para que formalice un período de prueba para poder alegar posteriormente la ineptitud del trabajador. SAMPER JUAN. *El despido objetivo*, op. cit., p. 247 y 248.

Finalmente, corresponde al empresario la prueba de que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales, sin que pueda presumirse<sup>1342</sup> y al trabajador la carga de probar que sí lo es<sup>1343</sup>.

### ***3.2.1.2.- Resolución del contrato por falta de adaptación a las modificaciones técnicas (art. 52.b TRET).***

En relación a la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas, se trata de un supuesto resolutorio que “no contempla la pérdida de las habilidades profesionales requeridas para el desarrollo de las funciones habituales, sino la incapacidad de mantener las mismas a tono con las exigencias del progreso técnico”<sup>1344</sup>. La doctrina entiende que se trata de un supuesto peculiar de ineptitud o de ineptitud cualificada, vinculada a la

---

<sup>1342</sup> STSJ Cataluña 10 de junio 2005 (AS 1601); Madrid 24 de enero 2005 (AS 1999); Canarias (Tenerife) 10 de junio 1998 (AS 2662). Prueba que en alguna ocasión no ha sido excesivamente exigente. Por ejemplo, la STSJ Galicia 15 de octubre 1999 (AS 2967) declara que habiéndose probado “que el actor tras ser dado de alta acudió al centro de trabajo y manifestó que no podía trabajar porque le dolía la espalda cuando cogía pesos, y pidió nuevamente la baja”, así como ‘que el trabajo del actor exige la realización de esfuerzos físicos’, nos hallamos ante una clara situación de incapacidad sobrevenida en el trabajador, ajena a su voluntad, que le impide la realización general del trabajo que tenía encomendado”, justificando por ende la resolución.

En la doctrina, **SÁNCHEZ TRIGUEROS**. *La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo*. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1325).

<sup>1343</sup> Por ejemplo, se declara la ineptitud de un vigilante de seguridad que comunica a la empresa que padece problemas relacionados con trastornos del estado anímico, que se halla en tratamiento psico-farmacológico ansiolítico y antidepresivo junto con psicoterapia de apoyo. Patología que precisa que se asegure el descanso nocturno para la evolución satisfactoria del proceso. STSJ Navarra 30 de septiembre 2005 (AS 2622). Por otra parte, una falta de diligencia no sobrevenida sino originaria, no detectada ni en la lista de contratación ni en los primeros días de la prestación laboral no impide que pueda declararse ajustada la resolución. STSJ Canarias (Tenerife) 7 de abril 2005 (AS 907).

En cambio, se declara injustificada en un supuesto en el que la empresa procede a la resolución años más tarde del conocimiento de la deficiencia orgánica que padece el trabajador (STSJ Comunidad Valenciana 9 de diciembre 2005, JUR 2006\135883). O bien, en un supuesto en el que el trabajador pese a haberse declarado que padece silicosis simple sin padecer limitación funcional alguna (y no reconocerse la incapacidad permanente), la empresa no puede resolver el contrato por ineptitud porque no se ha aportado “ningún informe médico que recomiende que el demandante deba reincorporarse a un puesto de trabajo en el que no exista ninguna posibilidad de contacto con el sílice”. STSJ Comunidad Valenciana 21 de abril 2005 (AS 1408). En términos similares, SSTSJ Comunidad Valenciana 15 de abril 2005 (AS 1445); 15 de marzo 2005 (AS 947); y 11 de febrero 2005 (AS 787). Para la STSJ Cataluña 24 de marzo 2005 (AS 1215) “la ineptitud ha de venir referida a un puesto de trabajo, pues cuando éste es distinto, es decir, cuando la empresa ha aplicado la movilidad funcional no puede invocarse las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional, como establece el artículo 39,3 del Estatuto de los Trabajadores”. No puede declararse la ineptitud de un trabajador por carecer de la autorización administrativa preceptiva (carnet de manipulador de alimentos) cuando es la empresa la que está obligada a la aportar los medios adecuados para la formación de sus trabajadores al respecto. STSJ Cantabria 2 de julio 2004 (AS 774).

<sup>1344</sup> SSTSJ Murcia 23 de octubre 1995 (AS 4050); Cantabria 18 de octubre 1998 (AS 4018); y STS 21 de junio 1988 (RJ 6865). El primer precedente normativo de este supuesto extintivo aparece con la promulgación del RDLRT<sup>77</sup> (art. 39.1.b). Con anterioridad, a pesar de que la LCT<sup>74</sup> sólo se refería a la ineptitud, existía una cierta conciencia jurídica de la necesidad de adecuar los motivos extintivos a una nueva realidad, en la que ya se erigía como diáfana la idea de que la ineptitud permisible del *despido* englobaba dos aspectos: el característico de incapacidad de desarrollar el trabajo adecuadamente sin la presencia de voluntad culpable del trabajador en este sentido, y el más encubierto dirigido a sancionar con la medida extintiva al trabajador que es incapaz de ofrecer, por su incapacidad de adaptación, un resultado óptimo en su trabajo, también teniendo presente la ausencia de voluntad en tal conducta” [la cursiva es nuestra]. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 146 y 147. Por otra parte, la redacción del precepto vigente es idéntica a la prevista en el ET<sup>80</sup>.

introducción de una modificación técnica<sup>1345</sup>. En puridad, la norma no contempla la pérdida de las habilidades profesionales requeridas para el desarrollo de las funciones habituales, sino la incapacidad de mantener las mismas a tono con las exigencias del progreso técnico”<sup>1346</sup>. Circunstancia que, en tanto que no puede calificarse como un supuesto de incumplimiento contractual imputable ni tampoco como un caso de imposibilidad objetiva, se desprende claramente que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1347</sup>.

La doctrina ha destacado que la introducción de este supuesto resolutorio se traduce en un incremento de los poderes empresariales para introducir mejoras tecnológicas, estableciéndose una nueva obligación laboral para el trabajador: la de progresar en su capacidad profesional, readaptándose a las modificaciones que los avances tecnológicos exijan de su trabajo<sup>1348</sup>.

La resolución del contrato por falta de adaptación a las modificaciones técnicas se supedita a la concurrencia de varios requisitos<sup>1349</sup>:

- a) que se produzca una modificación técnica en un puesto<sup>1350</sup>;
- b) que éste sea el puesto habitual del trabajador (y no el que circunstancialmente ocupa por razones de movilidad funcional, para el que está vedado, art. 39.3 TRET);
- c) que el empleado, por su parte, no se adapte a ese cambio (y no, por tanto, cuando pudiendo desempeñarlo bien, no quiera hacerlo)<sup>1351</sup>;
- d) que la variación en cuestión sea “razonable” (lo que se predica del cambio técnico en sí y no del modo en que incide en el trabajador o la posibilidad que éste tenga para adaptarse al mismo)<sup>1352</sup>; y

---

<sup>1345</sup> **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 250. Criterio que, como apunta **ARIAS DOMÍNGUEZ**, ha sido asumido por un numeroso sector de la doctrina, **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., nota 495, p. 155 y 156.

<sup>1346</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 156.

<sup>1347</sup> *Vid.* al respecto, **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 166 y 167.

<sup>1348</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 157. Aunque para **MARTÍN PUEBLA** sobre el trabajador pesa una obligación de actividad y no un deber de resultado. **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit., p. 123.

<sup>1349</sup> STS 15 de julio 1986 (RJ 4147); y SSTSJ País Vasco 20 de septiembre 2001 (AS 2002\907); y 23 de noviembre 1999 (AS 3931); y Comunidad Valenciana 4 de octubre 2001 (AS 2336).

<sup>1350</sup> Por consiguiente, si lo que se produce es una modificación de carácter organizativo, no puede procederse a este motivo resolutorio. **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*. RFDUM n° 19, 1996, p. 145.

<sup>1351</sup> Para medir esa inadaptación debe acudir a términos de comparación hábiles o acreditar un rendimiento inaceptable para la empresa, debiéndose ponderar en función de los rendimientos medios habituales. **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 252.

<sup>1352</sup> No obstante, el empleo de esta norma de textura abierta, deja al juzgador un amplio margen de apreciación, acercando a la función jurisdiccional a una dimensión cuasi-arbitral. **SAGARDOY BENGOCHEA**. *Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, op. cit., p. 146. Por otra parte, “la razonabilidad del cambio, debe entenderse en un doble sentido: que el cambio venga aconsejado por motivos productivos serios, y que respete los límites de la categoría del trabajador”. **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 251. O bien, que “la razonabilidad del cambio debe suponer un incremento de la eficacia productiva del puesto de trabajo concreto”. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 163.

e) que hayan transcurrido dos meses, como mínimo, desde el cambio, lo que tiene por finalidad permitirle adaptarse<sup>1353</sup>.

No obstante, en virtud de lo previsto en el art. 39.3 TRET, este supuesto resolutorio no engloba aquellas situaciones en las que “al trabajador se le cambia de puesto, asignándole uno que tiene exigencias técnicas distintas al que venía desempeñando y al que no se adapta, pues faltarían dos requisitos imprescindibles: que el cambio se haya operado en el puesto que se ocupaba y, además, provenga de que en él se han introducido novedades técnicas”<sup>1354</sup>.

Tal y como se prevé en la Ley, cabe la posibilidad de que la empresa *ofrezca* un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional que le capacite para la adaptación requerida<sup>1355</sup>; señalándose el plazo máximo de duración (3 meses), pero no el mínimo<sup>1356</sup>. Debiéndose entender, por otra parte, que interrumpe el plazo de dos meses<sup>1357</sup>. Es importante resaltar que el ofrecimiento del curso es optativo para la empresa (salvo que el convenio colectivo disponga otra cosa)<sup>1358</sup>, lo que a los efectos de la estabilidad en el empleo no puede calificarse como una previsión normativa adecuada.

Por otra parte, para el caso de que se ofrezca, si bien es cierto que el trabajador puede oponerse a la realización del curso, la doctrina judicial entiende que es un factor que contribuye a probar la falta de adaptación del trabajador (siempre y cuando se constate la *ulterior* inadaptación del trabajador)<sup>1359</sup>. Lo que no quita que el empresario deba adoptar las medidas necesarias para que el trabajador se adapte a las modificaciones experimentadas por el puesto de trabajo<sup>1360</sup>.

Finalmente, el art. 52.b) TRET entiende que el contrato quedará en “suspense”, debiéndose abonar al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo. No

---

<sup>1353</sup> Al respecto la doctrina judicial ha entendido que “si es prácticamente imposible que [el trabajador] adquiera los conocimientos que se le exigen en este tiempo, y efectivamente así lo es, no podrá alegarse por la empresa esta causa, pues de otra manera serviría para crear un despropósito de indefensión respecto al trabajador, si pudiese interpretarse que este plazo de dos meses es simplemente del transcurso del tiempo, sin una referencia específica a que sea plazo suficiente para adquirir la cualificación de la nueva técnica que requiere el empresario”. STSJ País Vasco 20 de septiembre 2001 (AS 2002\907).

<sup>1354</sup> STSJ País Vasco 23 de noviembre 1999 (AS 3931).

<sup>1355</sup> Por otra parte, en tanto que la empresa puede ofrecer el curso, no se deriva la gratuidad para el trabajador, aunque lo cierto es que si se trasladara el coste al trabajador significaría un plus de exigencia que podría entenderse como extracontractual, pues, no aparece recogido ni en el art. 5 TRET ni en el art. 20.2 TRET. **ARCE**. *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos*, op. cit., p. 16.

<sup>1356</sup> STSJ Cantabria 19 de octubre 1998 (AS 4018); y Madrid 24 de enero 2005 (AS 1999).

<sup>1357</sup> **SAMPER JUAN**. *El despido objetivo*, op. cit., p. 253.

<sup>1358</sup> **MARTÍN PUEBLA**. *Formación profesional y contrato de trabajo*, op. cit., p. 127. No obstante, para un sector de la doctrina, la empresa está obligada a proporcionar al trabajador el curso de reconversión cuando las modificaciones funcionales del puesto de trabajo sean de un alcance tal que lo hagan imprescindible. **BRIONES GONZÁLEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 179.

<sup>1359</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 176. La negativa del trabajador a participar en los cursos de readaptación ofrecidos por la empresa motiva la declaración de la resolución como procedente. STSJ Andalucía (Sevilla) 12 de noviembre 2003 (AS 533). Por ejemplo, se ha declarado procedente en un supuesto de inadaptación al nuevo sistema informático establecido por la empresa para la realización de su trabajo, razonabilidad del mismo y transcurso de más de dos meses desde su introducción hasta el cese, no asistiendo la actora a los cursos para su conocimiento”. STSJ Andalucía (Sevilla) 12 de noviembre 2002 (AS 533).

<sup>1360</sup> **BRIONES GONZÁLEZ**. *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, op. cit., p. 178.

obstante, el mantenimiento de la obligación empresarial de seguir abonando el salario pone en entredicho que el contrato quede efectivamente suspendido, debiéndose entender, en puridad, que se trata de un supuesto de permiso retribuido<sup>1361</sup>.

### **3.2.1.3.- Resolución del contrato por faltas de asistencia (art. 52.d TRET).**

En cuanto a los supuestos de resolución por faltas de asistencia, se trata de una medida resolutoria ciertamente polémica y cuya redacción legal suscita numerosas interpretaciones divergentes<sup>1362</sup>. Conviene tener presente que, como afirma la STSJ País Vasco 19 de diciembre 2003<sup>1363</sup> “no se trata de tipificar como causa de extinción la poca rentabilidad que para una empresa tiene un trabajador que falta mucho tiempo al trabajo”, sino que la finalidad de la norma es “combatir el absentismo en las empresas, otorgando al empresario esa facultad extintiva cuando los niveles globales que soporta son altos, en la medida en que ello acarrea una disfunción importante, no sólo por el coste directo de la ausencia (o de su sustitución) sino por el indirecto que supone la singular dificultad de suplir ausencias cortas, permitiéndole la extinción de contratos de trabajo, pero no de cualquier trabajador sino sólo de aquéllos que son partícipes activos en esa situación. Se explica, así, que se exijan niveles de absentismo a nivel de centro, como también que las ausencias del trabajador afectado deban ser intermitentes, que se

---

<sup>1361</sup> Para SUÁREZ GONZÁLEZ “en rigor habría que hablar de interrupción del contrato supuesto que el trabajador continúa percibiendo una remuneración a cargo de la empresa, a pesar de que no presta servicios en ella. Hay que entender, no obstante, que ese *equivalente al salario* remunera la asistencia al curso y no al trabajo que no se presta, ficción que permite aceptar la terminología legal, que es terminante al decir que el contrato quedará en suspenso”. SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 148. Para ARIAS DOMÍNGUEZ, que sigue el planteamiento de GUTIÉRREZ PEÑA, se trata de una novación impropia del contrato de trabajo de carácter temporal. Aunque, tampoco niega que pueda calificarse como un permiso. ARIAS DOMÍNGUEZ. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, *op. cit.*, p. 180. Finalmente, MARTÍN PUEBLA, siguiendo a ESCUDERO, considera que se trata de un permiso similar al regulado en el art. 23.1b) TRET. MARTÍN PUEBLA. *Formación profesional y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 130 y 131.

<sup>1362</sup> Como recoge la STSJ Navarra 20 de julio 2004 (JUR 243635) “Antes de abordar el tema litigioso conveniente resulta destacar que esta causa de extinción contractual, al igual que ocurriera con su antecedente inmediato (artículo 39.1 RDLRT’77), ha sido objeto de constantes críticas por parte de un sector de la doctrina, señalando que el problema que pretende resolver, el absentismo o ausentismo, no se aborda debidamente, pues se trata de un problema que tiene raíces más profundidad, como la liberalidad de la concesión de las bajas médicas, quizás por circunstancias ajenas a los propios médicos, que exige atacar las causas en su totalidad y conjuntamente y no con parches parciales, que pueden producir situaciones de injusticia, al hacer recaer sobre un trabajador determinado lo que es consecuencia de la actuación de toda la plantilla. Además la misma norma ofrece la solución a la picaresca, pues se puede soslayar haciendo que se prolongue la baja oficial por más de 20 días. Sin embargo, y a pesar de tales críticas, la causa de extinción del contrato de trabajo contemplada en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario responder ante situaciones en que se producen determinados incumplimientos del trabajador, ciertamente no culpables, pero que llegan a provocar una grave perturbación en la marcha de la empresa. Ahora bien, el precepto plantea diversos problemas de interpretación, uno de ellos el relativo a la forma de computar las intermitencias”. En idénticos términos, STSJ Navarra 21 de septiembre 2004 (AS 2879).

<sup>1363</sup> AS 4253.



excluyan de cómputo un determinado tipo de ausencias e, incluso, la misma selección de éstas”<sup>1364</sup>.

Desde un punto de vista de la dogmática jurídica, puede afirmarse que en tanto que se asume que determinadas cotas de inasistencia repercuten sustancialmente en la organización interna de la empresa, siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ, se trata de una hipótesis en la que el empresario está obligado a dar demasiado para tener demasiado poco, esto es, una excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1365</sup>. Y “esta mayor onerosidad es predicable del conjunto de faltas de asistencia que acumula el trabajador, esto es, no puede afirmarse que aquélla se produzca en cada una de las ausencias del prestador de servicio”<sup>1366</sup>.

Como se sabe, el empresario puede resolver el contrato si el trabajador falta repetidamente al trabajo en determinadas circunstancias<sup>1367</sup>: a) Sus propias ausencias han de tener una cierta entidad (el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses); b) Además, que sean ausencias intermitentes, lo que excluye el caso en que se cumplan esos parámetros pero por una única ausencia prolongada; y c) que el absentismo del trabajador venga acompañado de un determinado nivel de absentismo global en el centro de trabajo (el índice de absentismo total de la plantilla del centro rebasa el 5%)<sup>1368</sup>.

No obstante, la redacción del art. 52.d) TRET suscita numerosas sombras, que han permanecido en estado latente por el escaso empleo de esta vía resolutoria. Veamos a continuación su régimen jurídico, así como los conflictos interpretativos que suscita.

Como premisa de partida conviene tener en cuenta dos aspectos. Por un lado, que el legislador se ha decantado “por una comprensión del término de absentismo matizada, por cuanto que no se engloban en este concepto todas y cada una de las faltas de asistencia al trabajo, sino que adquiere especial relevancia el motivo o causa que ha supuesto la ausencia al puesto de trabajo, reseñando cuáles no tendrán trascendencia alguna a la hora de ser

---

<sup>1364</sup> En términos similares, SSTSJ Navarra 17 de mayo 2005 (AS 1546) y 21 de septiembre 2004 (AS 2879); y Comunidad Valenciana 28 de febrero 2005 (AS 889).

<sup>1365</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 166 y 167. GONZÁLEZ ORTEGA, por su parte, afirma que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad (aunque también habla de la “desaparición de la base del negocio normativamente establecido”). GONZÁLEZ ORTEGA. *Absentismo y despido del trabajador*. Aranzadi, 1983, p. 42. Vid. también ROMÁN TORRES. *Excesiva morbilidad; y Calificación y efectos del despido objetivo*, op. cit., p. 404; y ARIAS DOMÍNGUEZ. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, op. cit., p. 200 y 201. Como afirma ASQUERINO LAMPARERO “la intermitencia en la forma que un trabajador lleva a cabo la prestación a la que se comprometió, frustra las perspectivas del empleador quien se ve compelido a asumir un coste sin obtener fruto alguno a cambio; nos referimos a la asunción de la prestación de la IT desde el cuarto día al decimoquinto, el abono del complemento que hubiera podido señalarse a través de Convenio sobre el subsidio, la necesidad de asumir el pago delegado, la reestructuración de la plantilla, problemas organizativos, incidencias negativas en la producción e incluso contrataciones adicionales durante el tiempo que permanece el contrato suspendido”. ASQUERINO LAMPARERO. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, op. cit. (versión digital).

<sup>1366</sup> ASQUERINO LAMPARERO. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, op. cit. (versión digital).

<sup>1367</sup> La acción del empresario está sometida a un plazo de prescripción de un año ex art. 59.1 TRET. STSJ Baleares 15 de enero 1999 (AS 81).

<sup>1368</sup> De todos modos, debe tenerse en cuenta las particularidades previstas en el art. 14 de la Ley 44/2007 para las empresas de inserción.

computadas a los efectos extintivos”<sup>1369</sup>. Y, por otro, que lo que se castiga en el art. 52.d) TRET “no es un determinado volumen de inasistencia del trabajador, sino la inasistencia que se relaciona con los días de trabajo efectivo que la empresa tiene en un determinado mes concreto”<sup>1370</sup>.

En cuanto al régimen jurídico, propiamente dicho, podemos afirmar, en primer lugar, que la aplicación de esta causa resolutoria exige que se trate de faltas de asistencia al trabajo<sup>1371</sup>, y no de puntualidad, es decir, que afecten a la jornada completa de trabajo<sup>1372</sup>. En segundo lugar, no es necesario que concurra un comportamiento culpable o fraudulento del trabajador, pues, el hecho de que se tengan en cuenta para el cómputo las ausencias “aun justificadas” exime al empresario de dicha prueba. En tercer lugar, debe tratarse de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, o en otros términos, la ausencia de intermitencia en las faltas al trabajo impide la aplicación del art. 52.d) TRET<sup>1373</sup>. Finalmente, en tanto que “no se trata de precisar

---

<sup>1369</sup> **ASQUERINO LAMPARERO**. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, *op. cit.* (versión digital). Como se sabe: “No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda”. Respecto a las faltas de asistencia de las víctimas de violencia de género debe tenerse en cuenta el contenido del art. 21.4 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, pues, se establece que “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad” (*vid.* al respecto, **ARAMENDI SÁNCHEZ**. *Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, *op. cit.*, versión digital, p. 11).

Para **ASQUERINO LAMPARERO**, “el elemento aglutinador de todas estas ausencias radica en que la sospecha de que el trabajador actuó fraudulentamente, no se encuentra presente en estas situaciones de suspensión o interrupción de la relación laboral”. Además, entiende, acertadamente, a nuestro entender, que el listado no puede calificarse como ejemplificativo. Abogando por el carácter taxativo del listado, STSJ Madrid 25 de mayo 2004 (AS 2315).

<sup>1370</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?* ASoc nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1640).

<sup>1371</sup> Por consiguiente, “la presencia del trabajador en el centro de trabajo, aunque no esté realizando la prestación laboral encomendada, impide integrar este motivo extintivo”. **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1372</sup> STSJ Madrid 20 de febrero 2006 (AS 744). *Cfr.* en la doctrina, **ASQUERINO LAMPARERO**. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, *op. cit.* (versión digital); y **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador*, *op. cit.*, p. 210 y ss.

<sup>1373</sup> STSJ País Vasco 19 de diciembre 2003 (AS 4253). En cuanto a la intermitencia se han planteado bastantes controversias en los supuestos de bajas por enfermedad y la posibilidad de que no se computen si, acordadas por los servicios sanitarios oficiales, exceden de 20 días consecutivos. Según la STS 26 de julio 2005 (RJ 7147) el párrafo primero del art. 52.d) TRET “claramente exige la intermitencia en la ausencia al trabajo: dice al efecto que el contrato podrá extinguirse ‘por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes’. Es sabido que la intermitencia se produce por la interrupción o cese de algo ‘que prosigue o se repite’ (Diccionario de la Lengua, Real Academia Española). Es cierto que el párrafo segundo in fine de dicho art. excluye del cómputo las ausencias debidas a enfermedad ‘cuando la baja [...] tenga una duración de más de veinte días consecutivos’. Pero estamos en realidad ante dos previsiones legales distintas, que son entre sí compatibles: una cosa es la exigencia de la intermitencia en las ausencias al trabajo y otra diferente es que, producida dentro de esa intermitencia una baja por enfermedad durante más de veinte días consecutivos, tal baja no se compute. Ello evidencia la compatibilidad, como hemos expresado, de las dos prescripciones legales, contenidas en distintos párrafos del mismo art. 52.d) ET. La previsión contenida en el párrafo segundo in fine de dicho precepto comporta, en realidad, una limitación del rigor establecido en el párrafo primero para el cómputo de las faltas de asistencia; mas tal prescripción debe entenderse en sus estrictos términos, es decir, como una limitación que ha de contraerse precisa y exclusivamente a

cuál es el volumen de inasistencia sobre los días naturales del mes elegido, sino de concretar cuál es el porcentaje de inasistencia al trabajo sobre los días que efectivamente había que trabajar en la misma”, debe tomarse como referencia los días laborales del mes en cuestión<sup>1374</sup>. Esto es, como asevera la STSJ Cataluña 14 de enero 2004<sup>1375</sup>, “las jornadas hábiles que resulten de esos cuatro [o dos] meses el único referente a tener en cuenta para determinar la procedencia o legitimidad de la decisión empresarial”. Ahora bien, las jornadas hábiles a que se refiere el precepto no son las de la empresa sino las que, dentro de ellas, corresponden al trabajador, por tanto, “sólo puede haber faltas de asistencia durante las jornadas que son hábiles para el trabajador, esto es, aquellas en las que el trabajador debe asistir al trabajo, sean o no jornadas hábiles para el resto de la plantilla”<sup>1376</sup>.

En cuanto al cómputo del tiempo se plantean numerosas dificultades interpretativas. En lo relativo a los meses a considerar para evaluar el nivel de inasistencia, caben varias interpretaciones. Puede entenderse que se refiere a meses naturales, o bien a períodos de 30 días o, para el supuesto en el que la inasistencia se valore en base a dos meses consecutivos, entender que el “arco temporal de absentismo se integra de fecha a fecha”<sup>1377</sup>. Sin que por el momento, salvo error u omisión, haya pronunciamiento judicial alguno al respecto. Por otra parte, en los supuestos en los que las faltas de asistencia se valoren sobre la base de dos meses

---

los supuestos específicamente previstos, entre ellos el que ahora nos interesa: tratarse de una baja por un período superior a veinte días consecutivos. La decisión de limitar el rigor del cómputo del absentismo mediante esta previsión legal así entendida (y por tanto contrayéndola exclusivamente a sus propios términos) supone al mismo tiempo el absoluto respeto al requisito legal de la intermitencia, que incluso por su dicción literal (con la conjunción adversativa ‘pero’) expresa la voluntad de la Ley de que en todo caso ha de producirse dicha intermitencia en las faltas al trabajo”.

Ahora bien, un sector de la doctrina judicial entiende que la intermitencia no concurre en los supuestos en los que los procesos de incapacidad temporal partan de un mismo diagnóstico, esto es, que obedezcan a una misma causa (una recaída), por lo que deben considerarse como períodos acumulables. SSTSJ Navarra 21 de septiembre y 26 de julio 2004 (AS 2879 y JUR 243511); y Cataluña 24 de mayo 2002 (AS 2224); y 7 de diciembre 1992 (AS 6348). En contra, se ha afirmado que “la redacción actual del precepto (redactada en base al art. 7.1 Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral) que comprende un abanico amplio de exclusiones, no posibilita entrar a discutir sobre el carácter unitario o no del proceso patológico de las bajas, por lo que, al igual que el resto de las causas objetivas, basta con la plasmación real de los requisitos legalmente establecidos, para que deba admitirse la extinción solicitada, con el control judicial correspondiente, que no debe entrar a valorar cual ha sido el origen de la enfermedad que ha motivado en cada momento las ausencias del trabajador, sino si éstas se han producido efectivamente y si se encuentran dentro del marco temporal, objetivo y subjetivo previsto en el art. 52 d en su actual redacción. Y aunque la línea interpretativa de la objetividad del absentismo como causa de despido no es rotunda, la actual redacción no parece dejar duda al respecto dado que no cita la unidad del proceso patológico y nada parece apoyar la exigibilidad del carácter unitario de las bajas”. STSJ Comunidad Valenciana 28 de febrero 2005 (AS 889). En términos similares, entendiendo que primero, el facultativo no había indicado que se trataba de un recaída y, segundo, que no podía entenderse se trataba de días consecutivos, STSJ Madrid 24 de mayo 2004 (AS 2673). Finalmente, esta cuestión parece haber quedado resuelta con la STS 24 de octubre 2006 (JUR 284121) – que resuelve el recurso de casación presentado ante al STSJ Comunidad Valenciana 28 de febrero 2005 (AS 889) –, pues, se afirma que “no se exige la unidad del proceso patológico y que no se debe entrar a valorar cual ha sido el origen de la enfermedad que motiva las ausencias, limitándose a comprobar si tales ausencias se han producido efectivamente y si se encuentran dentro del marco temporal, objetivo y subjetivo previsto en el art. 52 del ET”.

<sup>1374</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1375</sup> AS 1494.

<sup>1376</sup> STSJ Aragón 3 de mayo 2005 (JUR 171132).

<sup>1377</sup> **ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?*, *op. cit.* (versión digital).

consecutivos, la literalidad del precepto en ningún caso exige que las ausencias deban referirse a los dos meses inmediatamente anteriores a la decisión empresarial de resolver el contrato de trabajo<sup>1378</sup>.

Se plantea también a qué período de tiempo se refieren los porcentajes establecidos en la norma. Esto es, si para poder resolver el contrato es exigible que concurra dicho porcentaje de falta de asistencia en cada uno de los meses que componen cada período o bien se refiere al período en su conjunto (dos o cuatro meses). En este sentido, la STS 5 de octubre 2005<sup>1379</sup> afirma que “el artículo 52.d) TRET establece dos posibilidades de cómputo, o bien las faltas alcanzan el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos. En ambos casos lo que cuenta son los períodos en conjunto. Se trata de, o bien de dos meses o bien de cuatro. Ese es el extremo relevante para la norma y el hecho de que no se tenga en cuenta un solo mes y de que el período se prolongue a dos o cuatro meses tiene por objeto registrar una inasistencia persistente, con reducción o aumento proporcional del porcentaje. La distinta distribución observa dos parámetros. En el caso de los dos meses, éstos serán consecutivos y el volumen de faltas, el 20 por 100 de las jornadas hábiles. En el caso de los cuatro meses, éstos serán discontinuos, en un período de doce y el volumen de faltas se eleva al 25 por ciento. A un período menos prolongado y más concentrado corresponde un porcentaje inferior, a un período no sólo más largo sino más dilatado debido a su discontinuidad, se eleva el porcentaje al 25 por ciento. Es evidente que el artículo 52.d) TRET está tomando en consideración períodos integrados por dos o cuatro meses y que a ellos se refiere el porcentaje”<sup>1380</sup>.

Finalmente, en lo relativo al cómputo del absentismo de la plantilla (recuérdese más del 5 % en los mismos períodos de tiempo), se entiende, en primer lugar, que debe tenerse en cuenta a todas las personas que presten sus servicios para el empresario<sup>1381</sup>. Tampoco se especifica si dicho porcentaje deba calcularse en función de las jornadas hábiles de trabajo, como unidad entera, o bien, en función de las horas de trabajo, como fracción de la misma. En este sentido, la doctrina judicial ha afirmado que resulta “más adecuada la primera de ambas interpretaciones, por cuanto sólo así los elementos o factores puestos en conexión resultarían homogéneos”<sup>1382</sup>.

También se plantean controversias respecto del modo en que se ha de calcular dicho índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo; y, en concreto, si se deben computar las faltas de asistencia debidas a las causas que se enumeran en el párrafo segundo del

---

<sup>1378</sup> SSTSJ Navarra 28 de julio y 2 de septiembre 2004 (AS 2435 y JUR 282815).

<sup>1379</sup> RJ 7790.

<sup>1380</sup> En términos similares, la STSJ Madrid 20 de febrero 2006 (AS 744) – que cita las SSTSJ Cataluña 14 de enero 2004 (AS 1494); y Navarra 17 de mayo 2005 (AS 1546) y 28 de julio 2004 (AS 2435).

<sup>1381</sup> STSJ Cataluña 5 de febrero 1996 (AS 403).

<sup>1382</sup> STSJ Madrid 24 de mayo 2004 (AS 2673).

artículo 52.d) TRET. La doctrina judicial ha estimado al respecto que “de la literalidad textual del artículo 52.d) TRET se desprenden dos conceptos distintos: el de las faltas de asistencia al trabajo del trabajador individual que facultan a la empleadora a la extinción del contrato (de las que se descuentan las del párrafo segundo) y el concepto de absentismo total de la plantilla”. Y, por consiguiente, “para el cómputo del índice de absentismo total de la plantilla se han manejar magnitudes reales y contabilizar todas las ausencias de la plantilla, sin que puedan descontarse aquellas, que sí se descuentan para el cálculo de las ausencias individuales, y que se enumeran de forma taxativa en el párrafo segundo del artículo 52.d) TRET”<sup>1383</sup>. Sin que, por otra parte, puedan computarse las ausencias del propio trabajador cesado<sup>1384</sup>.

Sin embargo, la STS 23 de enero 2007<sup>1385</sup>, en unificación de doctrina, ha optado – siguiendo una argumentación discutible<sup>1386</sup> – por considerar que las ausencias enunciadas en el párrafo segundo del art. 52 d) TRET deben excluirse a los efectos de fijar el índice de absentismo computable. De hecho, con este pronunciamiento se cierra (por el momento) un ciclo por parte del TS, tratando de esclarecer el sentido del art. 52.d) TRET. En efecto, en este sentido, debe mencionarse la STS 24 de octubre 2006<sup>1387</sup> que resuelve el sentido que debe darse al término “intermitencia” en los supuestos en los que la baja obedece a una misma causa (una recaída) y la posibilidad o de su acumulación como un único proceso patológico<sup>1388</sup>. La STS 5 de octubre de 2005<sup>1389</sup> que determina que para el cálculo de los porcentajes a que alude el citado precepto (20 – dos meses consecutivos - y 25 % - cuatro meses discontinuos), se refieren a los períodos en su conjunto y no mes a mes. Y la STS 26 de julio 2005<sup>1390</sup> que declara que la norma “claramente exige la intermitencia en las ausencias al trabajo”. Así, en un espacio de tiempo relativamente breve (aproximadamente tres años), el TS ha puesto fin a varias controversias que suscitaba la aplicación de este supuesto resolutorio. Hecho que permite realizar varias lecturas.

---

<sup>1383</sup> SSTSJ Madrid 25 de mayo 2004 (AS 2315); Cataluña 24 de mayo 2002 (AS 2224); y Comunidad Valenciana 19 de enero 1999 (AS 545). En contra, STSJ Andalucía (Granada) 22 de junio 2005 (rec. n° 1125/2005 – sin haber tenido acceso al texto - citada por la STS 23 de enero 2007 (JUR 66387)

<sup>1384</sup> STSJ País Vasco 2 de febrero 1999 (AS 5617). Abogando por esta interpretación en la doctrina, **ASQUERINO LAMPARERO**. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador, op. cit.* (versión digital). En contra, *obiter dicta*, STSJ Comunidad Valenciana 19 de enero 1999 (AS 545).

<sup>1385</sup> Rec. 4465/2005 (JUR 66387).

<sup>1386</sup> *Vid.* al respecto, **BELTRAN DE HEREDIA RUIZ**. *El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex art. 52.d) TRET: comentario crítico a la STS – Sala 4ª - 23 de enero 2007 (rec. n° 4465/2005)*. RL n° 18, 2007.

<sup>1387</sup> JUR 284121. Ponente: Sr. Magistrado SOUTO PRIETO.

<sup>1388</sup> En concreto, abogando por una interpretación restrictiva, afirma que “no se exige la unidad del proceso patológico y que no se debe entrar a valorar cual ha sido el origen de la enfermedad que motiva las ausencias, limitándose a comprobar si tales ausencias se han producido efectivamente y si se encuentran dentro del marco temporal, objetivo y subjetivo previsto en el art. 52 del ET”.

<sup>1389</sup> RJ 7790. Ponente: Sra. Magistrada CALVO IBARLUCEA.

<sup>1390</sup> RJ 7147. Ponente: Sr. Magistrado CACHÓN VILLAR.

En primer lugar, se evidencia que la redacción de la norma está plagada de numerosas sombras interpretativas. Lo curioso del caso es que salgan a la luz después de tanto tiempo, de forma sucesiva y en un espacio de tiempo relativamente corto. Es posible que estas dudas interpretativas no se hayan evidenciado hasta ahora porque se trata de un supuesto resolutorio que (quizás, por las dificultades de prueba que comporta<sup>1391</sup>) tradicionalmente ha sido poco empleado por los empresarios. Sin embargo, los motivos por los que recientemente se ha producido un incremento de la litigiosidad es una incógnita. A primera vista, no parece que se haya producido cambio alguno que esté propiciando un mayor empleo de esta causa resolutoria. Quizás, al margen de otros parámetros que puedan estar contribuyendo a este proceso – aumento del absentismo, por ejemplo -, cabría establecer una relación entre este fenómeno y la reciente jurisprudencia que ha estado abogando por una concepción menos restrictiva del apartado d) del art. 52 TRET.

En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, analizando los fallos citados se observa que la acción del TS no ha ido en una única dirección interpretativa (identificándose un cierto “devaneo”), pues, mientras que en algunos supuestos se observa una clara voluntad tuitiva de los intereses de los trabajadores (por ejemplo, las SSTS 23 de enero 2007 y 26 de julio 2005), en otras ocasiones, se ofrecen interpretaciones que claramente abogan por una concepción más flexible de este supuesto resolutorio (las SSTS 24 de octubre 2006; y 5 de octubre de 2005). En este sentido, la STS 23 de enero 2007 supone un punto de inflexión a la orientación “flexibilizadora” que venía adoptando el Alto Tribunal, pues, se acoge un criterio más restrictivo de esta causa resolutoria que sus dos precedentes inmediatos. Y, respecto de este último pronunciamiento, sin entrar a enjuiciar la idoneidad o no de la decisión del TS de llevar a cabo una interpretación finalista de la legalidad, lo cierto es que la argumentación esgrimida para fundamentar el fallo es muy discutible. Si bien es cierto que redundaría en beneficio de la estabilidad en el empleo, esta mejora debe rechazarse, pues, se hace a costa de la seguridad jurídica.

- Un aspecto que se ha suscitado al respecto es si cabe entender que la resolución del contrato por faltas de asistencia que tienen su origen en la morbilidad del trabajador, puede

---

<sup>1391</sup> La empresa está obligada a probar que se supera dicho porcentaje, pues, en caso contrario no procede la resolución del contrato. STSJ Madrid 24 de junio 2005 (JUR 2006\68307). Así, para confeccionar los datos sobre el absentismo de la empresa “resulta necesario justificarlos con los partes de baja y alta de Incapacidad Temporal, con los justificantes de visitas médica y demás justificantes acreditativos”. STSJ Comunidad Valenciana 23 de mayo 2006 (AS 2007\70). O bien, como apunta la STSJ Cataluña 22 de marzo 2006 (AS 2698) – traducción del catalán - “también cabe aportar documentos originales de los servicios públicos de salud y los correspondientes justificantes de otros organismos, y nosotros añadimos, juntamente con otras pruebas de actuaciones exigidas legalmente a la empresa, como es el control del absentismo por parte de los representantes de los trabajadores, según el artículo 64.8 TRET, sobre índice trimestral de absentismo y sus causas en relación con el artículo 18 LPRL o la evolución de la plantilla existente en el centro de trabajo en el período considerado a través de las altas y bajas certificadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, por ejemplo”.

considerarse como discriminatoria y, por tanto, atentatoria a lo previsto en el art. 14 CE. En este sentido, el TS ha estimado que “la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa (...)”. La situación del “trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) TRET, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones (...). Y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º TRET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador”<sup>1392</sup>. En definitiva, la cuestión reside en que “lo que se penaliza no es la morbilidad excesiva (esto es, la predisposición a la enfermedad) sino que el legislador prescindiendo de la causa, trata de atacar el absentismo directo”<sup>1393</sup>.

Sin embargo, se plantea la posible colisión de esta doctrina jurisprudencial con la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2000/78/CE, 27 de diciembre 2000, producida por la Ley 62/2003, 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La cuestión, en esencia, radica en determinar si el concepto de “enfermedad” puede integrarse en el concepto de “discapacidad” que promueve el ordenamiento jurídico.

La STSJ Cataluña 9 de enero 2006<sup>1394</sup> afirma que la doctrina jurisprudencial descrita “no puede entenderse ‘condicionada’, en su consolidado criterio, por la modificación legislativa operada con la trasposición de la Directiva 2000/78/CE, toda vez que el artículo 4.2.c) TRET ya incluía (con anterioridad a la Reforma) la prohibición de discriminación por razón ‘de

---

<sup>1392</sup> [la cursiva es nuestra] SSTS 29 de enero 2001 (RJ 2069); 12 de julio 2004 (RJ 7075); y 23 de mayo 2005 (RJ 9656). Como recoge la STSJ País Vasco 7 de junio 2005 (AS 2285), los Tribunales Superiores de Justicia también se han pronunciado sobre la calificación jurídica que merece la resolución del contrato cuando los trabajadores se encuentran en situación de incapacidad temporal o cuando ésta ha sido la causa última que ha motivado la resolución, llegando a la conclusión de que merece la calificación de improcedente y no de nulo, SSTJS Castilla y León (Valladolid) 16 de marzo 1998 (AS 1979); Madrid 27 de abril 1999 (AS 5296); Comunidad Valenciana 26 de octubre 2000 (AS 2001\1369); 11 de abril 2001 (AS 3678); 29 de abril 2004 (AS 1204); y 6 de octubre 2004 (AS 3770).

En la doctrina, un comentario crítico a la STS 29 de enero 2001 (RJ 2069), **GIL ALBURQUERQUE** y **GUALDA ALCALÁ**. *¿Vulnera algún derecho fundamental el hecho de despedir al trabajador por causa de su enfermedad temporal? Comentario a la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 29 de enero 2001*. RDS nº 21, 2003, versión digital (TOL 290167).

<sup>1393</sup> **ASQUERINO LAMPARERO**. *Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1394</sup> AS 806.

disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales' (siempre que los trabajadores afectados 'se hallasen en condiciones de aptitud' laboral); expresión asimilable a la de discapacidad que la Directiva transpuesta utiliza, con remisión a un 'colectivo' objeto de especial protección por parte de los Poderes Públicos"<sup>1395</sup>. En términos similares, la STSJ Extremadura 29 de marzo 2006<sup>1396</sup> asevera que "aunque la Directiva no proporciona un concepto autónomo de discapacidad, de la lectura de la Exposición de Motivos [de la Ley 63/2003] y de su articulado no puede deducirse que ese concepto incluya la situación de IT por enfermedad, sino más bien que esa noción de discapacidad coincide sustancialmente con lo que en nuestro ordenamiento se viene considerando persona con discapacidad"<sup>1397</sup>.

Finalmente, la cuestión parece haber quedado resuelta - aparentemente<sup>1398</sup>- con la STJCE 11 de julio 2006, caso *Chacón Navas*<sup>1399</sup>, que ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 33, fechada el 7 de enero 2005, en la que, en lo sustancial, se solicita que se dilucide si el marco general establecido por la Directiva 2000/78, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad<sup>1400</sup>. En concreto, el TJCE afirma: primero, "una persona que haya sido

---

<sup>1395</sup> En concreto, afirma que en virtud de la normativa vigente, "solo permite considerar discriminatoria una unilateral decisión empresarial que aparezca motivada por una situación de discapacidad del trabajador sin repercusión en su rendimiento laboral; esto es por su mera pertenencia a un colectivo objeto de especial protección e integración socio-laboral. Así, al igual que deben entenderse discriminatorias aquellas conductas que, injustificadamente, impongan trabas a su acceso al mercado laboral o que no impliquen la realización de los 'ajustes razonables' para la readaptación profesional del trabajador discapacitado, si la decisión extintiva del empleador rodea al despido de una serie de factores que lo dotan de un elemento de segregación incardinable en la prohibición discriminatoria constitucionalmente tutelada su despido debe ser calificado de nulo". Así pues, tras afirmar que los motivos de discriminación del art. 14 CE no constituyen una 'lista cerrada de supuestos' (SSTC nº 75, 3 de agosto 1983, RTC 75; y nº 128, 16 de julio 1987, RTC 128), afirma que "ni el legislador contempla la 'enfermedad' como cláusula de discriminación en la relación de trabajo (al vincular - conforme a la Directiva transpuesta - discriminación por discapacidad con la aptitud laboral - art. 4.2.c TRET y art. 4 de la Directiva) ni su inclusión resulta de lo dispuesto en el art. 14 CE (...). Dicha expresión "(más allá de la médica asimilación de los términos utilizados) difiere de la de enfermedad/incapacidad temporal tanto desde la perspectiva de la 'permanencia' de la que ésta carece como por causa de la referencia que aquélla comporta a un colectivo digno de protección e integración socio-laboral (...). No quiere ello decir que la enfermedad quede fuera de la tutela antidiscriminatoria, pero ello sólo ocurrirá (se reitera) cuando ésta se contemple en sí misma, como 'condición o circunstancia personal' del afectado (similar a las expresamente recogidas en el art. 14 CE, y no desde la funcional perspectiva de su rendimiento laboral (STS 29 de enero 2001, RJ 2069), con implicación en la necesaria equivalencia de las prestaciones recíprocas básicas del contrato de trabajo (art. 1 ET).

<sup>1396</sup> JUR 140464.

<sup>1397</sup> Compartiendo este planteamiento, **DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN**. *La Directiva 2000\78 o la posible vuelta a la nulidad del despido motivado por la situación de incapacidad temporal: comentarios al Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado Social 33 de Madrid y Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona*. AJA nº 684, 2005, versión digital (BIB 2005\1750); y *El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006*. AJA nº 719, 2006, versión digital (BIB 2006\1726).

<sup>1398</sup> No obstante, pese a este pronunciamiento del TJCE, un sector de la doctrina mantiene que cabe la posibilidad de declarar discriminatorio la resolución contractual de un trabajador por estar o haber estado incurso en un proceso de incapacidad temporal, **SÁNCHEZ TORRES**. *La enfermedad como causa "improcedente" de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia*. RL nº 18, 2006, p. 15 y ss.

<sup>1399</sup> TJCE 192.

<sup>1400</sup> En concreto, el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid cuestiona: "1) ¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de



despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”.

Y, segundo, “la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación”<sup>1401</sup>.

### ***3.2.2.- Aspectos procedimentales comunes a los supuestos resolutorios del art. 52 TRET.***

El procedimiento a seguir en estos supuestos resolutorios es prácticamente idéntico al previsto para el art. 52.c) TRET, dando lugar, al mismo mecanismo compensatorio. A fin de no resultar reiterativo, a continuación, procederemos a destacar sintéticamente los elementos más importantes, remitiéndonos a lo analizado anteriormente respecto del art. 52.c) TRET.

El empresario está obligado a cumplir con los requisitos formales del art. 53 TRET, de los cuales hay dos cuya observancia es tan esencial que su incumplimiento acarrea la declaración de nulidad y que son la comunicación escrita expresando la causa y la puesta a disposición, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita de la indemnización de veinte días por año de servicio con el límite de doce mensualidades.

---

encontrarse enferma? 2) Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una seña identitaria adicional frente a las que proscriben discriminación la Directiva 2000/78?”. Además, debe añadirse que la SJS Barcelona (nº 33) 29 de marzo 2005, declara la nulidad de una resolución sin causa de un contrato en suspenso por incapacidad temporal. Un comentario al respecto, **DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN**. *La Directiva 2000\78 o la posible vuelta a la nulidad del despido motivado por la situación de incapacidad temporal: comentarios al Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado Social 33 de Madrid y Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona, op. cit.* (versión digital).

<sup>1401</sup> La STJCE 11 de julio afirma (apartados, 44, 46 y 47) que “Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de ‘discapacidad’, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de ‘enfermedad’. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos”(apartado 44); “La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad” (apartado 46); y “De las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad (apartado 47).

En cuanto a la obligación de la empresa de expresar la causa de su decisión en la comunicación escrita “tan sólo se cumple mediante especificación de los ‘hechos’ que conforman la causa extintiva, condición necesaria para que el trabajador pueda ejercer con garantías el derecho a reclamar contra la decisión empresarial”. La *ratio* del precepto es semejante a la información que, también con suficiente plenitud, debe facilitarse al trabajador en caso de despido. Aunque la doctrina judicial ha afirmado que la información si cabe ha de ser aún más plena, dado que cabe la posibilidad de que el trabajador desconozca los motivos de la resolución<sup>1402</sup>. Motivo por el que la exigencia de la comunicación escrita debe contener una expresión suficiente de las causas que justifican la decisión empresarial, incluyendo los datos y elementos fácticos necesarios para que el cesado conozca suficientemente las razones esgrimidas para resolver su contrato y pueda preparar adecuadamente su defensa y oposición de los argumentos de la empresa. El incumplimiento de los requisitos formales deriva en la declaración de nulidad<sup>1403</sup>.

En cuanto a la puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal también debe declararse la nulidad si la empresa incurre en un error inexcusable, esto es, si no se trata de un mero error aritmético o de diferencias insignificantes<sup>1404</sup>. Sin que, por otra parte, el empresario esté facultado para postergar la entrega de la indemnización, como se prevé para los supuestos del art. 52.c) TRET. Ni tampoco se prevé la obligación del empresario de comunicar su decisión a los representantes de los trabajadores. Lo que redundaría negativamente en la posibilidad de su monitorización por parte de los representantes de los trabajadores. Lo que da muestra de la intensidad con la que se quiere proteger la continuidad del contrato de trabajo frente a estas contingencias.

---

<sup>1402</sup> No obstante, basta que en la comunicación se haga saber al trabajador que conforme al informe del servicio de Vigilancia y Salud ha sido calificado como “no apto” para el desempeño del trabajo que realizaba, sin que sea posible exigir a la empresa que precise la forma cómo la patología detectada afectaba a la continuidad del contrato de trabajo, pues, se trata de una información a la que no tiene acceso (por pertenecer a la intimidad del trabajador) y porque el propio trabajador tenía conocimiento del motivo de la resolución, pues, se le remitió el informe médico. STS 22 de julio 2005 (RJ 2006\84). Un comentario a esta resolución en, **SEMPERE NAVARRO y ARIAS DOMÍNGUEZ**. *Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador. Comentario a la STS u.d. 22 de julio 2005, op. cit.* (versión digital).

<sup>1403</sup> Por ejemplo, la STSJ Cataluña 6 de junio 2001 (AS 3171) declara nula la resolución de un repartidor porque la empresa en la comunicación no cumple los mínimos requisitos para que el trabajador pueda organizar su defensa, lo que en opinión del Tribunal provoca su indefensión. Concretamente, la empresa se limita a aludir a la cantidad de accidentes de tráfico sufridos sin especificar cuántos han sido ni relatar sus circunstancias ni si han dado lugar a diligencias, de qué tipo y cuál ha sido su resultado. Tampoco concreta cuáles han sido sus consecuencias ni, según la versión de la empresa, sus causas.

<sup>1404</sup> STSJ Cataluña 31 de enero 2000 (AS 879).

### ***3.3.- Especial referencia al art. 44.9 TRET.***

En paralelo a las facultades resolutorias reconocidas en los arts. 51 y 52 TRET, a raíz de la Ley 12/2001, en el apartado 9, del art. 44 TRET se establece una regla ciertamente particular que conviene analizar detenidamente. En concreto, se prevé que si en los supuestos de transmisión de empresa, bien el cedente o bien el cesionario, “previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores”, deberá iniciar un período de consultas con los representantes de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias sobre los trabajadores, bajo el principio de buena fe. En el caso de que tales medidas se concretaran en traslados o en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, ambas de carácter colectivo, el período de consultas deberá desarrollarse conforme al *procedimiento* previsto en los arts. 40.2 y 41.4 TRET.

La redacción de dicho párrafo plantea numerosos interrogantes. En primer lugar, conviene dilucidar a qué tipo de “medidas” se refiere, esto es, si la resolución, la suspensión o la modificación del contrato estarían incluidas en dicho término. En segundo lugar, si la “transmisión de empresa” constituye una causa suficiente para proceder a la adopción de las mismas, o bien entender que debe exigirse la concurrencia del desequilibrio contractual previsto para cada una de las medidas reguladas en el TRET. En tercer lugar, derivado de lo anterior, salvo lo previsto para el traslado y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectivas, cómo coordinar el procedimiento establecido en el art. 44.9 TRET con el previsto para cada una de las medidas a las que en principio parece referirse el precepto y que han sido enumeradas.

En un primer nivel de análisis, cabría entender que en lo que afecta a la primera cuestión, el hecho de que la modificación sustancial y el traslado colectivos sean “una de las medidas posibles”, permite entender que se está refiriendo, entre otras, al resto de supuestos modificatorios, a la suspensión o a la resolución. En cuanto a la causa habilitante, en un primer nivel de análisis, parece que el Legislador está dando a entender que la mera transmisión justifica tales modificaciones (“con motivo de la transmisión”); además, el art. 44 TRET cuando menciona los arts. 40 y 41 TRET sólo se refiere al procedimiento. De otro modo, podría entenderse como una reiteración innecesaria<sup>1405</sup>. Si se admite que el art. 44.9 TRET permite la adopción de tales medidas “con motivo de la transmisión”, el procedimiento a seguir para adoptarlas, salvo las expresamente previstas en el art. 44.9 TRET, sería el previsto en el propio precepto, esto es, celebración de un período de consultas sobre las medidas previstas y

---

<sup>1405</sup> Aboga por esta interpretación, **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**. *Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo*, op. cit., p. 31 y 32.

sus consecuencias para los trabajadores, debiéndose entender que los representantes de los trabajadores no disponen de un derecho de veto.

Sin embargo esta secuencia interpretativa no puede aceptarse en modo alguno, salvo en lo relativo al sentido que debe darse al término “medidas”. En efecto, la doctrina parece convenir que efectivamente se refiere a la modificación, suspensión o resolución contractual<sup>1406</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que el art. 44.9 TRET habilite a su adopción en base a la mera transmisión de empresa, debe descartarse. En primer lugar, porque el empleo de la preposición “con”, anteponiéndola a la expresión “motivo de la transmisión”, impide afirmar que se esté introduciendo una nueva causa para justificar tales medidas, porque dicha proposición, según el Diccionario de la Academia Española, “denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo”, pero no “denota la causa”, como podría haberse interpretado si se hubiera empleado la preposición “por” (“motivo de la transmisión”). En segundo lugar, el art. 7.2 de la Directiva 2001/23/CE, 12 de marzo, – insertado en el Capítulo titulado “información y consulta” – no establece nada al respecto, sino que dice que “si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo”. En tercer lugar, porque sería una vía extraordinariamente sencilla para eludir los trámites legales establecidos para la adopción de tales medidas

Entonces, tratando de dilucidar el sentido del citado párrafo, únicamente cabe entender que se refiere al establecimiento de un período de consultas obligatorio en los supuestos en los que a raíz de la transmisión de empresa, se pretenda proceder a una modificación, una suspensión o una resolución, debiéndose respetar los requisitos contemplados en las normas que regulan el trámite de las consultas previas previstos en dichas medidas<sup>1407</sup>. O, en otros términos, debe interpretarse que el Legislador, en estos supuestos, está exigiendo la celebración de un período de consultas para la resolución contractual *ex* art. 52.c) TRET, para los traslados individuales o plurales y para a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en las que, de acuerdo con el art. 41 TRET, dicho trámite no es preceptivo<sup>1408</sup>. Lo que, por otra parte,

---

<sup>1406</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1407</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas*, *op. cit.* (versión digital). No obstante, para MORALA GÓMEZ el procedimiento a seguir para todas las medidas es el previsto en el art. 44.9 TRET, esto es, debe llevarse a cabo con antelación suficiente, que la negociación se efectúe con el fin de alcanzar un acuerdo, y que la misma se lleve a cabo bajo el principio de buena fe. **MORALA GÓMEZ**. *La nueva regulación de la sucesión de empresas*, *op. cit.* (versión digital).

<sup>1408</sup> La interpretación que la doctrina judicial ha dado al art. 44.9 TRET no resulta excesivamente clarificadora al respecto. La STSJ Castilla y León (Burgos) 11 de noviembre 2004 (AS 2005\231) afirma que “El precepto [el art. 44.9 TRET] se refiere por lo tanto y de manera exclusiva a los requisitos y formalidades del período de consultas cuando éste fuese necesario”.

no tiene excesivo sentido que se establezca un régimen diferenciado si el desequilibrio contractual exigido es el mismo.



### 3.4.- *Recapitulación.*

El objeto del análisis efectuado en este epígrafe era tratar de contextualizar, desde un punto de vista dogmático, los diversos supuestos resolutorios previstos en los arts. 51 y 52 TRET; especialmente, para tratar de rebatir las tesis que ubican esta facultad resolutoria reconocida al empresario en la órbita del art. 38 CE y, sobre todo, para poder hacer un correcto enfoque de los diversos elementos que contribuyen a evitar la extinción sobrevenida del contrato. Exposición consustancialmente vinculada con lo expuesto al analizar la conceptualización del principio de estabilidad en el empleo y, sobre todo, la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1409</sup>. Además, siguiendo el mismo planteamiento que con el resto de instituciones *conservacionistas* que están siendo objeto de estudio, se ha pretendido hacer una exposición sistematizada de los diversos elementos previstos en los arts. 51 y 52 TRET que contribuyen activamente a la promoción de la estabilidad en el empleo.

De lo analizado podemos colegir que la posibilidad de resolver el contrato por circunstancias no imputables al trabajador basada en una excesiva onerosidad sobrevenida es uno de los supuestos extintivos que más dificultades plantea desde un punto de vista jurídico (sin perjuicio de lo que a continuación se expondrá respecto de los supuestos concursales). En el plano estrictamente conceptual, debe destacarse la normalidad con la que el sistema productivo asume el papel que debe desempeñar la organización productiva en la creación y conservación del empleo, así como la consiguiente aceptación de la *dimensión organizativa* del contrato de trabajo. Hasta el extremo que se trata de una cuestión que no es excesivamente controvertida.

En cambio, el conflicto se ha concentrado en describir positivamente el exceso del *alea* previsto que sea suficiente para justificar la resolución. Los problemas para determinar normativamente cuándo debe estimarse que se ha superado el *alea* normal previsto y el temor a la creación de parámetros legales que redunden negativamente en la dinámica del mercado y/o que encorseten excesivamente la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales, describen una respuesta legal para prevenir los efectos perjudiciales que se derivan de la extinción sobrevenida del contrato de contornos excesivamente difusos. La evolución del Derecho del Trabajo al respecto parece haber sido una sucesión de normas dirigidas, precisamente, a coartar un supuesto de ineficacia contractual que, si bien, a nivel teórico se erige como imprescindible para salvaguardar la vida de la organización productiva, y con ella, la del empleo a ella vinculado, en la práctica puede convertirse en un instrumento que acabe promoviendo precisamente lo contrario.

---

<sup>1409</sup> Vid. el Epígrafe I del Apartado A de este Capítulo IV.

A nuestro entender, al igual que con la imposibilidad objetiva (la fuerza mayor) la legislación laboral opta por no definir el concepto de “excesiva onerosidad por causas de empresa”, por cuanto que estima que no es necesario. La referencia a lo “económico”, “organizativo”, “técnico” o “productivo” no es más que la enunciación de los ámbitos de la empresa que pueden quedar afectados por un hecho sobrevenido imprevisto (disminución de la rentabilidad o de la eficiencia). Y lo que la doctrina ha calificado como “medidas” y “fines”, no son más que un intento dirigido a cuantificar la intensidad del desequilibrio exigido para sustraerse de lo pactado. En definitiva, son una parte consustancial de la definición normativa de la “causa” o “motivo” que justifica la resolución. Por otra parte, al exigirse al empresario que advere la razonabilidad de la medida propuesta, plantea un juicio prospectivo de difícil (por no decir, imposible) encaje jurídico. No obstante, esta disección, en su conjunto, resulta absolutamente insuficiente para determinar la intensidad del desequilibrio requerida para resolver.

Conviene tener presente que el nudo gordiano de esta discusión radica en la necesidad de deslindar en la práctica (en el caso concreto) el *alea* normal del desequilibrio que supera dicho riesgo, pues, a fin de cuentas es lo que delimita la frontera entre dos *precios de salida del contrato* diferenciados y, por tanto también, discrimina entre dos mensajes preventivos (o de protección del empleo) distintos. Por consiguiente, desde la perspectiva del *favor negotii*, puede comprenderse el alcance absolutamente esencial de este deslinde conceptual. A pesar de ello, la verdad es que, lamentablemente, debe concluirse que es (prácticamente) imposible precisar, siquiera de un modo general, una cuantificación de dicho desequilibrio, o describir unos parámetros que objetivamente posibiliten su deducción. Sin que, la graduación implícita en la lógica secuencial (o de alineamiento funcional) de las facultades de alteración del empresario y las diferencias (“de matiz”) entre el art. 52.c) y el 51 TRET, en lo que a los supuestos de disminución de la eficiencia se refiere, contribuyan excesivamente a esclarecer este aspecto.

En este escenario, dada la configuración legal actual (esto es, ante unos contornos de la norma excesivamente vaporosos), el problema de determinar en qué momento debe entenderse que concurre una excesiva onerosidad queda automáticamente desplazado hacia otro estadio, el jurisdiccional. Cuestión que, *a priori*, no tiene porqué ser negativa, salvo cuando la norma puede dar pie a soluciones contradictorias. Así, no es extraño que simultaneen pronunciamientos anclados en el pasado, que tienden a identificar las ‘causas de empresa’ con situaciones patológicas, con otros que defienden la resolución por la “disminución de los beneficios”. Extremos que, en modo alguno, ampara la tesis de la excesiva onerosidad y que, por consiguiente, deben ser rechazados.

Fuera de estos casos “extremos”, los conflictos – como siempre – se centran en la zona gris (en esta ocasión, vastísima). Si bien es cierto que la labor de los órganos jurisdiccionales ha



contribuido (lentamente) a potenciar la flexibilidad perseguida por el Legislador (por ejemplo, admitiendo la tesis *organicista*), en términos generales, a nuestro entender, su labor no calificarse como positiva. El TS viene mostrándose especialmente “alérgico” a sentar criterios hermenéuticos que puedan calificarse como generales y la doctrina judicial se ha acostumbrado a reiterar la escasa doctrina jurisprudencial existente a modo de cláusula de estilo, dificultando extraordinariamente la secuencia lógica que justifica el fallo de la sentencia. Lo que, por ejemplo, provoca que, pese a que la descentralización productiva no se admita como causa resolutoria, *per se*, en la práctica, a partir de una “debida interpretación” de las ‘causas de empresa’, no pueda descartarse que se acabe declarando su procedencia. Tampoco parece acertado que se admita el juego de *presunciones*, obviando el juicio de razonabilidad, como se admite en los supuestos de disminución de la rentabilidad (en concreto, pérdidas continuadas). Las reglas compensatorias específicas para los contratos de fomento de la contratación indefinida evidencian claramente este problema.

De hecho, nos resulta, por lo menos, discutible que ante un conflicto que difícilmente puede reconducirse a lo estrictamente jurídico, los órganos jurisdiccionales sean las instancias más apropiadas para hallar la solución más idónea. Especialmente, cuando, hasta la fecha, no ha sido posible delimitar los contornos de la norma ni tampoco configurar unos parámetros hermenéuticos claros que efectivamente faciliten la subsunción de los hechos al supuesto de hecho de la norma. A fin de cuentas, todo ello se traduce en la conversión de los órganos jurisdiccionales en *árbitros* de un conflicto que claramente excede de su función jurisdiccional. Extremo que se evidencia con una claridad inapelable cuando se trata de las crisis concursales, como se analizará a continuación.

La visión que se obtiene del conjunto no invita al optimismo, especialmente, cuando no se vislumbran elementos que puedan propiciar un cambio de tendencia. A nuestro entender, desde un punto de vista de política legislativa, el régimen jurídico de la resolución por ‘causas de empresa’ presenta un cuadro preocupante (casi patológico) que exige una reformulación normativa. La disparidad de criterios presentes en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales evidencia el alejamiento del supuesto de hecho de la norma con respecto a la realidad (o su escasa eficiencia como norma reguladora de un determinado fenómeno social). En este sentido, asumiendo la imposibilidad de precisar el contorno de la norma (motivada, en gran parte, por la propia conceptualización de la excesiva onerosidad), quizás, sería deseable una reformulación legal del sistema de solución de estos conflictos que *fuera más sensible a esta naturaleza arbitral*. Por ejemplo, podría plantearse un modelo inspirado en un planteamiento o lógica de funcionamiento paritaria (como en la II República); o bien, atribuyendo una mayor participación a la Administración (pues, en principio, ostenta unos medios de análisis técnico más completos – aunque probablemente sería preciso que se destinaran muchos más recursos).

Por otra parte, tampoco contribuye a dar coherencia al sistema la configuración de un supuesto resolutorio específico para la Administración – art. 52.e TRET. Especialmente, cuando se plantea en términos de flexibilidad (a partir esencialmente de presunciones). A nuestro juicio, la creación de un estatuto privilegiado en una cuestión como ésta carece de todo oportunismo político-jurídico. De todos modos, teniendo en cuenta la “agresión” que supone para la conservación del empleo, podemos entender que, en virtud del principio de estabilidad, cabe optar por una interpretación restrictiva de los elementos conflictivos presentes en la descripción del supuesto de hecho (de modo que los casos de difícil precisión deben reconducirse al ámbito de los arts. 51 y 52.c TRET).

Todas estas dificultades para concretar el desequilibrio contractual exigido desde un punto de vista jurídico-positivo, convierten a las garantías procedimentales en la principal (o, quizás, la más segura) medida de protección frente a la mera arbitrariedad empresarial. La cuestión es que, frente a riesgos muy similares, se prevén dos estatutos de protección claramente diferenciados, o desde la perspectiva empresarial, un haz de cargas (o costes) sustancialmente diversos. El factor discriminador que delimita el itinerario de protección a seguir, se define a partir de dos parámetros: una *ratio efectivos/afectados* por la medida empresarial y un período de tiempo determinado. La importancia de este factor radica en el hecho de que delimita un mecanismo de solución del conflicto más o menos garantista y un sistema de reparto de los costes por la pérdida del empleo radicalmente diferenciado. Lo que convierte a la delimitación del factor discriminador en un elemento capital en la configuración de la estabilidad y, sobre todo, en un foco de potenciales actuaciones fraudulentas. Desde esta perspectiva se comprenden las cautelas del Legislador así como la previsión de severas sanciones para quien actúe con ánimo fraudulento. De todos modos, la norma habilita espacios suficientemente amplios como para eludir los cauces del art. 51 TRET (por ejemplo, dejando pasar un período de 90 días “en blanco”) y, para el caso de que se aprecie el comportamiento ilícito, las sanciones no son todo lo severas que deberían serlo, pues, la nulidad sólo se predica respecto de las nuevas resoluciones. Por otra parte, se echa en falta una mejora en la redacción (especialmente, en lo que concierne al concepto de “motivos no inherentes” – dado el nivel de conflictividad que genera; así como a otros aspectos que quedan sin precisar adecuadamente).

En cuanto a los elementos procedimentales propiamente dichos, el art. 52.c) TRET está planteado con la finalidad de no oponer excesivas trabas para que resolver el contrato (salvo la “particular” regla contenida en el art. 44.9 TRET). A pesar de que el incumplimiento de los requisitos de forma acarree la nulidad, en la práctica no deja de ser una medida simplemente dilatoria (con escasa repercusión en la protección del empleo), pues, el empresario está facultado para intentar la resolución de nuevo si cumple con ellos. Los problemas interpretativos vinculados a los requisitos de forma (por ejemplo, en lo relativo al error

excusable o al contenido de la comunicación al trabajador), parecen aconsejar, en aras a la seguridad jurídica, algunos cambios para pulir estos supuestos de “cumplimiento parcial”.

Por su parte, el art. 51 TRET y el RPRE'96 vienen a evidenciar una falta de confianza en la capacidad de los implicados en resolver el conflicto satisfactoriamente, a pesar de ser la alternativa menos mala a los ojos del Legislador (o preferida frente a la decisión de la Administración). La intensidad con la que diversos órganos administrativos participan y se inmiscuyen en todo el proceso evidencia esta sospecha. En su conjunto, las diversas fases en que se disecciona el proceso vienen a resolver un problema fundamental: la desigualdad en la negociación provocada por la asimetría de información. Todo el proceso está básicamente dirigido a asegurar que los afectados (especialmente los trabajadores) tengan acceso a la información necesaria para poder valorar el verdadero estado de su situación y, en consecuencia, puedan negociar en las mejores condiciones posibles. Por ello, se confirma la idea - ya expuesta con anterioridad - de que no parece que la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo pase necesariamente por la eliminación de la autorización previa, sino que, el objetivo a alcanzar es mejorar su funcionamiento (hacerlo más eficiente). En lo que a la negociación se refiere, podemos entender que se trata de un proceso en el que “agresor” y “víctima” deciden la intensidad del daño y el precio de la compensación (debiéndose distinguir entre el *acuerdo o pacto de regulación de plantilla* – de eficacia condicionada - y el *acuerdo o pacto potestativo o dispositivo* – de eficacia inmediata, como un producto derivado de la autonomía colectiva). Proceso en el que la Autoridad Laboral juega un papel trascendental, pues, debe evaluar si ambos elementos se adecuan a los intereses particulares y sociales concurrentes (lo que, en ocasiones, se ha traducido en una presión al alza de las compensaciones económicas, como condición *sine qua non* para autorizar el expediente – incidiendo en el fraccionamiento de los costes). Sin que pueda calificarse como estrictamente reglada. Aspectos que, no obstante, debe acabar determinando por su cuenta (con un amplio margen de discrecionalidad) para el caso de que no se alcance un acuerdo.

No obstante, uno de los problemas más preocupantes del modelo actual es la redirección de supuestos resolutorios subsumibles en el ámbito de aplicación del art. 51 TRET hacia el mutuo disenso. Si bien es cierto que estas medidas (normalmente) van acompañadas de compensaciones mayores, es claro que si el empresario opta por estas vías es porque le resultan más seguras y baratas (imputándose los costes a la sociedad y al propio trabajador).

Finalmente, sin voluntad de hacer mención al resarcimiento por extinción improcedente y a la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios, por coincidir con lo apuntado con ocasión del despido, debe hacerse referencia al régimen previsto para los contratos de fomento de la contratación indefinida. Aunque se trata de un medida que trata de dar respuesta a los problemas para probar la concurrencia de un riesgo que excede del

*alea* normal, no parece que sea la opción legislativa más adecuada, especialmente, porque es una invitación abierta a comportamientos ilícitos – y, consecuentemente, socialmente indeseables – evidenciando, en paralelo, una inexplicable infracompensación con respecto al resto de modalidades contractuales. El progresivo incremento del ámbito de aplicación de este contrato (la Ley 43/2006 así lo confirma) describe una línea de tendencia que nos resulta ciertamente inadecuada (y un horizonte ciertamente amenazante). Dinámica que, no obstante, quedaría total o parcialmente neutralizada de aceptarse la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios por la extinción injustificada del contrato.

Más allá de estas cuestiones, lo verdaderamente relevante de la extinción por excesiva onerosidad desde la perspectiva preventiva, reside en la cuantificación del daño, su fraccionamiento y su financiación. En este sentido, debemos afirmar que obligación de compensar económicamente al trabajador (art. 51.8 TRET) es una norma de derecho necesario absoluto y que su cuantía es de derecho necesario relativo. Por otra parte, el Plan de Acompañamiento Social es un instrumento de financiación del riesgo, esto es, de la pérdida del empleo; y, por consiguiente, sólo referido a los trabajadores afectados por el ERE. Convirtiéndolo en una pieza clave en el entramado de este supuesto resolutorio, pues, dibuja un determinado reparto de los costes muy interesante desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo. Especialmente, porque conlleva la imputación de una parte sustancial del coste sobre el sujeto que ha generado el riesgo y el que en mayor medida se ha lucrado de él (en beneficio de las fórmulas de compensación socializada que quedan liberadas de la asunción de ciertos costes). En cualquier caso, la complejidad de esta cuestión es ciertamente extraordinaria, y la necesidad de hallar los elementos que permitan dar luz al respecto se nos muestra esencial a los efectos de plantear una política integral de protección del empleo. Piénsese que estas medidas no sólo posibilitan un cierto resarcimiento del trabajador afectado, sino que, si se decide imputar una gran parte al empresario, a su vez, puede repercutir negativamente en su decisión de crear empleo o de incrementar su plantilla. En cualquier caso, existe, a nuestro entender, un amplio margen de maniobra, pudiéndose plantear algunas alternativas al modelo existente. En este sentido, el aparato analítico de la economía puede ofrecernos algunas pistas al respecto.

Las dificultades para evaluar el valor del interés público concurrente en todas estas situaciones de ineficacia entorpece, sin duda, el análisis objetivo de la idoneidad o no de estas medidas garantistas, y muy especialmente, de la relativa a la intervención administrativa. No obstante, como ya se ha expuesto en otra ocasión, entendemos que estos mecanismos de intervención deben valorarse positivamente, a pesar de los costes que este tipo de medidas garantistas acarrear. Desde esta perspectiva, no se comprende que en la práctica de la Autoridad Laboral renuncie a monitorizar la excesiva onerosidad sobrevenida alegada si

concorre un acuerdo tras el período de consultas. En principio, la necesidad de velar por el interés colectivo (que no se olvide, es el que justifica su intervención) así parece aconsejarlo.

En cuanto a la posible calificación judicial de las decisión empresarial no parece que el criterio mantenido por las cinco SSTS 31 de mayo 2006, relativas a los efectos derivados de la revocación de la autorización administrativa, sea el mejor camino para paliar los graves perjuicios motivados por la declaración de nulidad de la decisión extintiva empresarial y el retraso de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver; resultándonos muy recomendable el retorno a la doctrina jurisprudencial vigente con anterioridad a los citados pronunciamientos. No obstante, la *solución óptima* sería que se entendiera que el contrato no se ha podido aplicar por circunstancias imputables al empresario (art. 30 TRET), aplicándose el régimen jurídico previsto en los arts. 53.5, 56.1.b y, sobre todo, el art. 57 TRET.

El papel de los convenios colectivos en la regulación de estos supuestos de ineficacia contractual no es, precisamente, destacable. Lo que, no sorprende, pues, está en consonancia con el escaso desarrollo de otras manifestaciones positivizadas de la estabilidad en el empleo. En cualquier caso, debe denunciarse la pérdida de una oportunidad excelente para tratar de esclarecer las sombras de la regulación y evitar la incertidumbre que caracteriza a estos supuestos resolutorios.

Respecto de la ineficacia contractual motivada por ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas y por faltas de asistencia, en términos relativos, los conflictos técnico-jurídicos que plantean son menores a los suscitados por las resoluciones por ‘causas de empresa’; principalmente porque se refieren a riesgos específicos. Sin duda se trata de riesgos menos frecuentes, por lo que pueden calificarse como fuentes de inestabilidad de “baja intensidad” (lo que, quizás, explique las diferencias existentes con respecto a las posibilidades de monitorización por parte de los representantes de los trabajadores). De todos modos, en términos absolutos, estos supuestos presentan un número considerable de lagunas y dudas interpretativas, lo que corrobora los problemas para delimitar normativamente el concepto de excesiva onerosidad (especialmente - como se ha visto -, cuando se trata de delimitar las ‘causas de empresa’).

La ineptitud es un supuesto resolutorio con un margen de maniobra acotado, pues, no sólo debe alinearse con el régimen jurídico de la incapacidad permanente, el contenido del Decreto 1451/1983 y el art. 25.1 LPRL, sino que, además, se exige una prueba de la inidoneidad, no bastando el mero juego de presunciones. La resolución por falta de adaptación a las modificaciones técnicas es una consecuencia derivada de la facultad del empresario de introducir cambios técnicos en el proceso productivo. Frente al carácter inapelable de esta facultad innovadora, la respuesta del Derecho del Trabajo no resulta del todo acertada, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, pues, no se exige a la empresa que ofrezca un curso

de reconversión o de perfeccionamiento profesional. Finalmente, el apartado d) del art. 52 TRET describe un supuesto resolutorio que presenta muchas sombras interpretativas. Cuestiones que han permanecido en estado latente, probablemente, debido al escaso empleo de este supuesto de ineficacia contractual (quizás, por las dificultades de prueba que acarrea). Sin embargo, a partir del momento que se ha intensificado su uso, se han ido desvelando las sombras de interpretación de que plantea el precepto, obligando la intervención de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia se ha centrado en aspectos diferenciados, puede apreciarse una evolución que puede diseccionarse en tres fases. Mientras que en la primera se ha optado por restringir este supuesto resolutorio, le sigue otra que lo flexibiliza, para, finalmente, restringirlo de nuevo. Lo que, en conjunto, evidencia las deficiencias del precepto y su necesaria reformulación. Por otra parte, a pesar del debate doctrinal y judicial suscitado, la resolución del contrato por faltas de asistencia que tienen su origen en la morbilidad del trabajador, (en consonancia con la jurisprudencia nacional y comunitaria) no puede considerarse como discriminatoria.

La previsión de un cauce procedimental y compensatorio idéntico al previsto para el art. 52.c) TRET (salvo en lo relativo a la posibilidad de retrasar el abono de la compensación económica), evidencia la voluntad del Legislador de posibilitar la movilidad externa “sin excesivas complicaciones”. Por otra parte, el papel de los Tribunales en la interpretación de estos supuestos resolutorios y superación de las lagunas legales es (por lo menos) desconcertante, por la absoluta falta de uniformidad a la hora de promover el *favor negotii*. Fenómeno que no puede excusarse en la heterogeneidad de los riesgos a los que tales apartados hacen referencia. Cuestión especialmente importante mientras que el Legislador no se decida a solventar las lagunas presentes en la normativa vigente.

En suma, la facultad del empresario para resolver los contratos por excesiva onerosidad (al margen de los supuestos concursales), es un parámetro muy importante para evaluar la intensidad con la que se pretende proteger el empleo. Teniendo en cuenta que la excesiva onerosidad no impide que el contrato siga cumpliéndose según lo previsto, la tendencia de la norma a flexibilizar o restringir los diversos supuestos resolutorios tiene una incidencia capital en la estabilidad en el empleo, pues, puede convertirse en un factor determinante para promover o disuadir el uso de la resolución. De todos modos, lo verdaderamente esencial es que el sistema jurídico se construya a partir del nivel de empleo que la sociedad está dispuesta a aceptar. Y, a partir de esta premisa, construir el sistema normativo más adecuado para alcanzar dicho objetivo. Sin embargo, este planteamiento no parece cumplirse en el ordenamiento jurídico español.

#### **4.- La crisis concursal y la extinción del contrato.**

##### **4.1.- La declaración del concurso y la estabilidad en el empleo.**

El fenómeno de las empresas en dificultad puede dar lugar a dos regímenes diferenciados: en el caso extremo de insolvencia (y concurso) el de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal – en adelante, LC -; en el caso de los desequilibrios que no desemboquen en la declaración del concurso del empresario deudor, el régimen del TRET y normas complementarias<sup>1410</sup>.

Las implicaciones de la legislación concursal sobre la continuidad de los contratos de trabajo son múltiples y variadas, pues, junto a la posibilidad de mantener la eficacia de lo pactado, también se erige la posibilidad de modificar, suspender o resolver los contratos. Lo que, sin duda, evidencia la necesidad de proceder a su estudio detallado y separado del efectuado con anterioridad.

La cuestión es que, a diferencia del tratamiento previsto para los desequilibrios extraconcursales, la legislación concursal no prevé una graduación del desequilibrio contractual exigido para poder llevar a cabo cada una de las alteraciones enunciadas. Otro aspecto especialmente relevante, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, es la sujeción de la alteración contractual que se propone a la previa decisión de un tercero (en este caso, un Juez). En perspectiva, esta es una “vuelta” al modelo preventivo previsto durante la II República y durante el franquismo (aunque, como se sabe repartido entre los órganos jurisdiccionales – sólo para el despido y durante una primera etapa – y la Administración). Lo que, más allá de las singularidades propias de este régimen jurídico, desvela unas particularidades que merecen un análisis pormenorizado.

Como se sabe, la insolvencia del empresario, presupuesto objetivo del concurso, es motivo suficiente para alterar sobrevenidamente el contenido de lo pactado. En este sentido, la LC ha optado por una “delimitación flexible del presupuesto del concurso”<sup>1411</sup>. En efecto, el estado de insolvencia del deudor concurre no sólo cuando es “actual”, esto es, cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, sino que cuando la solicitud de la declaración de concurso provenga del propio deudor (debiendo justificar su endeudamiento y estado de insolvencia), también se admite cuando sea futuro, previsto como “inminente”<sup>1412</sup>.

---

<sup>1410</sup> **MONTOYA MELGAR.** *Crisis de empresa y contrato de trabajo.* REDT nº 122, 2004, p. 207.

<sup>1411</sup> **MONEREO PÉREZ.** *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso,* *op. cit.*, p. 550. En términos similares, **MOLERO MARAÑÓN.** *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal,* *op. cit.*, p. 623 y 624.

<sup>1412</sup> Se entiende que es inminente cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Art. 2.3 LC. No obstante, como apunta la doctrina, existe una tercera manifestación de insolvencia legal: la llamada “insolvencia cualificada”, por hecho externo concluyente aportado por acreedor o acreedores, o cualquier otro sujeto legitimado distinto del deudor (art. 3.1, 2 y 3 LC). **MONEREO PÉREZ.** *Concurso y relaciones*

Sin duda, se trata de una causa específica incardinable en las genéricas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>1413</sup>. Y, por ende, calificable desde un punto de vista dogmático, como un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida. Ahora bien, no puede olvidarse que la finalidad del concurso no es dar continuidad a la actividad empresarial para así posibilitar la continuidad de los contratos de trabajo a ella vinculados, sino velar por la salvaguarda de los intereses de los acreedores<sup>1414</sup> (y el interés del deudor a que sus derechos se limiten lo imprescindible); y sólo en el supuesto que para la satisfacción de tales intereses la continuidad de la actividad productiva sea aconsejable, deberán adoptarse las medidas oportunas para que ello sea posible<sup>1415</sup>. Por consiguiente, existe una diferencia sustancial en el punto de partida (o presupuesto) de la “realidad” concursal y la extraconcursal, pues, en el concurso la estabilidad en el empleo tiene un carácter subsidiario o instrumental; mientras que en la legislación laboral tiene carácter preeminente, pues, se admite la alteración de lo pactado en tanto que con ello se salvaguarda la continuidad de la actividad productiva. Lo que no debe interpretarse como que el Derecho concursal descarta la posibilidad de saneamiento de la empresa, pues, los arts. 44, 61 y 64 LC expresamente se refieren al intento de salvamento de la organización productiva<sup>1416</sup>.

Ahora bien, cuando la medida a adoptar implique el cese total de la plantilla, no puede aceptarse que el fundamento dogmático de esta medida resida en la excesiva onerosidad sobrevenida, tal y como se defiende en este trabajo, pues, esta situación es absolutamente contraria al presupuesto de partida que la inspira. Recuérdese que la admisión de esta teoría en el ámbito del Derecho del Trabajo responde al intento de dar continuidad a la actividad

---

*laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso, op. cit., nota 11, p. 551. Como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “de la Ley Concursal parece deducirse que la noción de insolvencia, como crisis económica, requiere la nota de imposibilidad patrimonial, de un déficit patrimonial, y que no permite la apertura del procedimiento concursal para prevenir previsibles dificultades futuras en el empresario. Pese a la definición flexible del concepto de insolvencia, ésta implica una situación actual de desequilibrio patrimonial, una incapacidad de abonar las deudas, que puede incluir, respecto a la insolvencia voluntaria, situaciones de insolvencia inminentes, pero no meras dificultades financieras de empresas o riesgos de crisis. La Ley no permite una operatividad meramente preventiva del procedimiento concursal, ni tampoco prevé medidas de ‘alerta’ preconcursal”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales. RL 2003 – II, p. 423 y ss.*

<sup>1413</sup> Como apunta RÍOS SALMERÓN la intervención del Derecho del Trabajo y del Derecho concursal ante el fenómeno de las crisis empresariales o del también conocido como empresas en dificultad, se diferencia desde un punto de vista funcional como estructural. Estructuralmente, porque el Derecho concursal actúa en una fase muy avanzada de la crisis; mientras que el Derecho del Trabajo trata de hacerlo preventivamente. Las diferencias entre ambos ordenamientos frente a este fenómeno, desde un punto de vista funcional, se manifiesta en el hecho de que la intervención del Derecho Concursal comporta la abstención del Derecho del Trabajo. RÍOS SALMERÓN. *La nueva Ley Concursal y los trabajadores*. AL nº 2, 2004, p. 140 y 141.

<sup>1414</sup> Lo que en palabras de MONEREO PÉREZ supone el reconocimiento legal del principio “solutorio-satisfactivo”, es decir, la satisfacción preferente de los créditos de los acreedores sobre cualquier otro objetivo”. MONEREO PÉREZ. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso, op. cit., p. 546. Vid. al respecto también, DESDENTADO BONETE. La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación. RL 2003 – II, p. 438.*

<sup>1415</sup> En términos similares, MONEREO PÉREZ. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso, op. cit., p. 554 y 555; y Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, op. cit., p. 115 y 116. Vid. al respecto también, CRUZ VILLALÓN. Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales, op. cit., p. 514 a 517.*

<sup>1416</sup> MONTROYA MELGAR. *Crisis de empresa y contrato de trabajo, op. cit., p. 208.*



empresarial, porque de este modo se alcanza la continuidad de los contratos a ella vinculados. Presupuesto que no concurre en el caso de que se pretenda la extinción de todos los contratos de trabajo. Sin pretender extenderse en exceso al respecto, por cuanto será objeto de análisis con posterioridad con ocasión del estudio de la extinción de los contratos por extinción de la personalidad jurídica del empresario (situación, por cierto, idéntica a la descrita desde un punto de vista conceptual), por el momento, basta afirmar que en estas situaciones el fundamento dogmático de esta extinción reside en el derecho a la libertad de empresa *ex art. 38 CE* y, más concretamente, la posibilidad de abandono de la actividad empresarial.

Otro aspecto relevante de la legislación concursal y que se ha podido observar en lo que se lleva de exposición, es que la presentación ante el Juez de lo Mercantil de la solicitud de la declaración de concurso supone una alteración de los papeles que tradicionalmente han tenido asignados los diversos agentes que intervienen en las alteraciones contractuales por causas de empresa. Así, es el Juez del Concurso el que tiene atribuida la facultad de acordar o autorizar la resolución, suspensión o modificación sustancial de las condiciones de los contratos (en perjuicio de la Autoridad Laboral para los dos primeros supuestos o del propio empresario en el caso de la modificación). En estos casos, el papel asignado a la Autoridad Laboral se circunscribe a la elaboración de un informe a solicitud del Juez del Concurso (art. 64.6 LC) y la jurisdicción laboral pierde toda competencia al respecto. Además, se modifican las reglas de los sujetos legitimados para solicitar la adopción de las medidas laborales<sup>1417</sup>. En definitiva, la LC atribuye al Juez mercantil una serie de competencias que lo trasladan extra muros de lo que tradicionalmente se ha entendido que debe ser la función jurisdiccional<sup>1418</sup>.

#### ***4.2.- Efectos de la declaración del concurso en la continuidad de los contratos de trabajo.***

La LC prevé una fase común en el procedimiento concursal que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación, que son las dos soluciones del concurso. La fase común se

---

<sup>1417</sup> En efecto, según el art. 64.2 LC están legitimados para solicitar al Juez del concurso la modificación, suspensión o resolución del contrato, “la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales”.

<sup>1418</sup> Sin duda, como afirma FERNÁNDEZ LÓPEZ, que cita a NIGRO, “no se le se le ha encomendado propia y solamente la función de ‘asegurar de manera neutra e imparcial, la justa conciliación de los intereses en juego’, sino que se le ha empujado a desempeñar funciones de especialización técnica en dirección de empresas que, hasta cierto punto, desnaturalizan su papel”. Así, se pone en manos del Juez del Concurso facultades que le conducen directamente a desarrollar funciones que no son ni siquiera jurisdiccionales, sino más propiamente administrativas o, en su extremo, empresariales”. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal, op. cit.* (versión digital). *Vid.* también, DESDENTADO BONETE. *La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación, op. cit.*, p. 445 y 446; DESDENTADO BONETE y DE LA PUEBLA PINILLA. *La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal.* RTS n° 166, 2004, p. 15; DE LA PUEBLA PINILLA. *Art. 64, op. cit.*, p. 724 y 725; y CRUZ VILLALÓN. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales, op. cit.*, p. 521 y 522.

abre con la declaración de concurso y concluye con la resolución del Juez del concurso, abriendo la fase de convenio o de liquidación, según proceda, una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores. Su finalidad es conocer al detalle el estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso.

A pesar de lo apuntado en el epígrafe anterior, la LC toma como punto de partida, al menos conceptualmente, el principio de continuidad de la actividad empresarial y de los contratos<sup>1419</sup>. En concreto, se manifiesta que la declaración del concurso no afecta por sí sola a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas (art. 61 LC). En esta línea, también se afirma que la declaración del concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (art. 44.1 LC)<sup>1420</sup>.

No obstante, excepcionalmente, cabe la posibilidad de que el Juez mercantil, a solicitud de los administradores concursales y previa audiencia del deudor empresario y de los representantes de los trabajadores en la empresa, acuerde el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial (art. 44 LC)<sup>1421</sup>. En tal caso, si estas medidas supusieran la modificación y extinción colectivas o la suspensión de las relaciones de trabajo deberá acudirse a lo previsto en los arts. 8.2 y 64 LC<sup>1422</sup>. Previsión que también recoge el TRET en el art. 57.bis, cuando afirma que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC”.

#### ***4.3.- Declaración del concurso y alteración sobrevenida de lo pactado: medidas posibles y procedimiento para su implantación.***

Como se ha expuesto, la declaración del concurso no es motivo suficiente para resolver los contratos<sup>1423</sup>. Lo que no quita que se admita la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo (incluida la novación subjetiva), suspender o, incluso, resolver los

---

<sup>1419</sup> **SEGOVIANO ASTABURUAGA**. *Continuidad de la actividad empresarial*, op. cit., p. 179 a 181.

<sup>1420</sup> Y, en el caso de que se suspendan las facultades de administración y disposición, serán los administradores concursales los encargados de impulsar las medidas necesarias para continuar la actividad empresarial (art. 44.3 LC). No obstante, como ha apuntado un sector de la doctrina, en tanto que la “Ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, de suerte que, en la medida en que la norma facilita la liquidación directa, cabe dudar de la finalidad conservadora de la misma”. **DEL REY GUANTER, MARTÍNEZ FONS y SERRANO GARCÍA**. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 280.

<sup>1421</sup> Relativizando la “excepcionalidad” de las medidas de reestructuración empresarial, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales*, op. cit., p. 429.

<sup>1422</sup> *Vid.* extensamente al respecto, **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 50 y ss.

<sup>1423</sup> *Vid.* al respecto, **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales*, op. cit., p. 426 a 428.

contratos, como consecuencia del cierre total o parcial de la empresa o de unidades productivas, bien por cesación de la actividad empresarial, o bien, para llevar a cabo un proceso de reestructuración de la organización productiva; siempre y cuando reúnan ciertos requisitos<sup>1424</sup>. Medidas en las que el Juez del Concurso asume un papel principal, pues, tiene la última palabra respecto de la adopción o no de tales medidas<sup>1425</sup>. En efecto, el órgano jurisdiccional está facultado para autorizar una modificación<sup>1426</sup>, una suspensión<sup>1427</sup> o bien una resolución.

---

<sup>1424</sup> Por consiguiente, para el caso de que no se cumplan con estos requisitos deberá procederse conforme a la legislación laboral, salvo en materia de ejecución. **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1226 y ss. No obstante, un sector de la doctrina sostiene que el hecho de que no se cumplan estos requisitos no obsta que se tenga que seguir aplicando la normativa concursal. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal, op. cit.*, p. 105 y ss. Por otra parte, la doctrina ha criticado que en la redacción de la legislación concursal se ha visto influida por el Derecho administrativo no sólo desde un punto de vista terminológico sino que ha determinado una anómala configuración del procedimiento judicial, excesivamente influido por el administrativo. **MONTOYA MELGAR**. *Crisis de empresa y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 213.

<sup>1425</sup> En cuanto al tratamiento jurídico que deba dispensarse a los expedientes de regulación de empleo y de suspensión todavía no resueltos en el momento de declararse el concurso, un sector de la doctrina, estima, pese a que la LC no lo prevea expresamente, que debe atribuirse la competencia al Juez del concurso. *Vid.* al respecto, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 727; y **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1208. Otros autores, estiman que en aplicación del art. 51.1 LC se trata de una cuestión supeditada al criterio del Juez del concurso. **GIL FERRO**. *La Ley concursal y su afectación sobre el proceso laboral*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez). Marcial Pons. Madrid, 2004, p. 335 y 336. Por otra parte, **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO** que estiman que en el supuesto inverso, es decir, en el caso de que desaparezca la situación de insolvencia, debe procederse a una tramitación *ex novo* a través del procedimiento administrativo previsto en el art. 51 TRET. **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**, *op. cit.*, p. 1208.

<sup>1426</sup> En cuanto a las modificaciones sustanciales, se plantea un primer problema importante, pues, la LC no especifica si se refiere a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en sentido genérico (por lo tanto, referidas a las previstas en los arts. 40 y 41 TRET) o sólo se refiere a las reguladas en el art. 41 TRET. Cabría interpretar que en tanto que el párrafo 9 del art. 64 LC distingue entre el traslado y la modificación de las condiciones de trabajo, las referencias del art. 64 LC a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo sólo se refieren a las previstas en el art. 41 TRET. En este sentido, **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal, op. cit.* (versión digital). En contra, **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** y **MERCADER UGUINA**. *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales*. RL 2003 – II, p. 491. De todos modos a nuestro entender, debe interpretarse que en la expresión modificación sustancial deben subsumirse los supuestos de traslado. En términos similares, **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1198; y **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 758 y 759. Otro aspecto importante es el relativo a si es preciso que las modificaciones sean o no sustanciales. Mientras que el art. 64.1 LC se refiere a modificaciones sustanciales, los arts. 8.2, 44.4 LC y 57.bis TRET se refieren simplemente a modificaciones. A nuestro modo de ver, a pesar de la literalidad de estos últimos preceptos citados, es claro que las modificaciones a las que hace referencia la LC son únicamente las sustanciales. En contra, por entender que de este modo se facilita la labor del Juez del concurso, al no tener que pronunciarse sobre el tormentoso tema de la sustancialidad o no de la modificación pretendida. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal, op. cit.*, p. 60. Por otra parte, el Juez del concurso sólo está habilitado para acordar modificaciones colectivas, debiéndose acudir por tanto a la legislación laboral respecto de las que tengan el carácter de individuales o plurales. No obstante, a pesar de que la literalidad del art. 64.1 LC (junto con la redacción del art. 57.bis TRET, el art. 8.2 LC y el art. 86 ter.1.2º LOPJ) podría dar a entender que el Juez del concurso está facultado para acordar modificaciones individuales, la doctrina laboral ha entendido que se trata de una cuestión motivada por una deficiente labor legislativa, debiéndose interpretar que sólo puede adoptar modificaciones colectivas y no individuales. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos, op. cit.*, p. 221; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** y **MERCADER UGUINA**. *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales, op. cit.*, p. 491; **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1196; **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 729 y 730; **RÍOS SALMERÓN**. *La nueva Ley Concursal y los trabajadores, op. cit.*, p. 144; **MONTOYA MELGAR**. *Crisis de empresa y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 210; **DESDENTADO BONETE**. *La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación, op. cit.*, p. 445 y 446; **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 756 y 757; y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal, op. cit.* (versión digital). Sin olvidar que para modificar las condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos estatutarios (Título III del TRET), sólo es posible respecto de las materias que sea posible modificar conforme a la legislación laboral,

En cuanto a la posibilidad de resolver los contratos, el Juez del concurso sólo debe autorizar las resoluciones que – conforme a los criterios laborales - tienen el calificativo de “colectivas”, y no, por tanto, aquellas resoluciones que no tengan tal consideración (esto es, las realizadas al amparo del art. 52.c) TRET<sup>1428</sup>), pues, el Juez del concurso sólo debe autorizar aquello que en las situaciones extraconcursoales autoriza la Autoridad Laboral<sup>1429</sup>. No obstante, cuando la resolución afecte a la totalidad de la plantilla deberá acudirse a las normas

---

exigiéndose el acuerdo con los representantes de los trabajadores (art. 66 LC) y la posterior resolución del Juez del concurso, limitándose a reconocerlo con carácter automático (salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho). **MONEREO PÉREZ**. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*, op. cit., nota 11, p. 563; y **MONTOYA MELGAR**. *Crisis de empresa y contrato de trabajo*, op. cit., p. 215. En este sentido, el contenido más extenso de los arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ (que se refieren a las “condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable” – y no a los convenios ex T. III TRET) debe entenderse como un error del Legislador que, al modificar el art. 66 LC, se ha olvidado de modificar también el contenido de dichos preceptos. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**, op. cit., p. 245 a 247; y **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., nota 61, p. 63 y 64. Por otra parte, con independencia del origen de la modificación que finalmente se acabe adoptando (pactado o por decisión del Juez en caso de desacuerdo), es importante tener en cuenta que la LC prevé un régimen jurídico especial respecto de la resolución indemnizada del contrato, prevista en los arts. 40 apartados 2, último párrafo y 1.4 y 41 apartados 6 y 3.2 TRET – art. 64.9.1º LC - *Vid.* al respecto extensamente, **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 76 y ss.). Para un sector de la doctrina, del contenido del art. 64.9.3º LC se infiere que la jurisdicción social no tiene competencia para conocer de las resoluciones contractuales motivadas por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que sean cualificadamente lesivas y decididas por el Juez del concurso. **GONZÁLEZ DE PATTO**. *La perturbación del derecho del trabajo por el derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ex art. 50.1.b) ET*, op. cit., p. 757.

Finalmente, cabe plantearse la posibilidad de proceder a la transmisión de la empresa en la fase común del procedimiento concursal. Como se sabe, la LC no prevé esta posibilidad como una medida de conservación de la actividad empresarial, aunque sí en las fases de convenio y liquidación. A pesar de ello, un sector de la doctrina admite la posibilidad de acudir a la transmisión de empresa total o parcial, en aplicación del art. 44 TRET – tal y como permite el art. 64.11 LC. **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *Los aspectos laborales de la Ley Concursal*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana nº 11, 2004, versión digital (TOL 1024542). En contra, **DEL REY GUANTER** y **LUQUE PARRA**. *La transmisión de empresas en situaciones concursales*, op. cit., p. 555.

<sup>1427</sup> La posibilidad de suspender las relaciones de trabajo, al igual que en los supuestos extraconcursoales, exige la autorización del Juez del concurso, con independencia del número de trabajadores afectados (a pesar de que la norma se refiera a las suspensiones “colectivas”). A la luz del término “colectivas” cabría interpretar que aquellas suspensiones que no superen los umbrales del art. 51 TRET no deban ser aprobadas por el Juez concursal. De todos modos, como asevera **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**, “parece que la voluntad de la LC es pasar al Juez mercantil todo lo que en situación no concursal compete a la autoridad laboral”. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, op. cit., p. 224; y **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 514 a 517. A la misma conclusión llegan, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64*, op. cit., p. 730 y 731; **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64*, op. cit., p. 1200; y **SALIDO BANÚS** y **MATEO SIERRA**. *Efectos de los arts. 64 y 66 de la Ley Concursal sobre las relaciones laborales*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez). Marcial Pons. Madrid, 2004, p. 298. **DESDENTADO BONETE**, por su parte, afirma que el Juez mercantil o bien conoce de todas las suspensiones previstas en el art. 47 TRET o bien debe aplicarse por analogía la regla del art. 51.1 TRET. **DESDENTADO BONETE**. *La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación*, op. cit., p. 446. Para **ALBIOL MONTESINOS**, debe entenderse que el Juez del concurso sólo tiene competencia para conocer de las suspensiones colectivas, debiéndose calificar como tal, las que afecten a más un trabajador (salvo, afirma, que se entienda aplicable la legislación laboral con carácter supletorio – art. 64.11 LC). **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 62. Defendiendo que sólo se refiere a las colectivas, aunque sin manifestarse expresamente respecto de cómo deben computarse, **RÍOS SALMERÓN**. *La nueva Ley Concursal y los trabajadores*, op. cit., p. 144; **MONTOYA MELGAR**. *Crisis de empresa y contrato de trabajo*, op. cit., p. 210; y **FERNÁNDEZ LÓPEZ**. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal*, op. cit. (versión digital).

<sup>1428</sup> En este sentido, SJM Sevilla (nº 1) 3 de enero 2006 (JUR 150381).

<sup>1429</sup> **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, op. cit., p. 225 y **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 523 y 524.

concursoales (sin posibilidad de aplicar el art. 52.c TRET)<sup>1430</sup>. En este caso, los trabajadores, por lo menos<sup>1431</sup>, tienen derecho a la indemnización legal tasada prevista en la legislación laboral *ex* art. 51.8 TRET<sup>1432</sup>.

En cuanto a la tramitación del “expediente” judicial de regulación y los acuerdos de reorganización productiva ante el Juez concursal, pueden identificarse tres fases diferenciadas: fase de información y de justificación (1.-), fase de consulta (2.-) y fase de resolución o intervención judicial (3.-).

1.- En cuanto a la fase de información, para que el Juez del concurso autorice cualquiera de estas medidas debe aportarse la justificación de la medida que se propone y, además, en las empresas que empleen a más trabajadores, debe acompañarse del denominado plan social.

En cuanto a la descripción de los motivos, en concreto, es preceptivo que con la solicitud se acompañe un informe especificando “las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación” (art. 64.4 LC)<sup>1433</sup>. Información que el Juez del concurso deberá facilitar a

---

<sup>1430</sup> Como derivación del art. 67.10 LC, SSJM Bilbao (nº 1) 3 de marzo 2005 (AC 332 y 217): “No exige la LC que además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores”. En contra, en la doctrina, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 729 y 730.

<sup>1431</sup> STSJ País Vasco 12 de septiembre 2006 (AS 2284). Un comentario al respecto en, **SEGALÉS FIDALGO**. *La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)*. ASoc nº 17, 2006, versión digital (BIB 2006\1823). Admitiendo la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores, SJM Bilbao (nº 1) 8 de mayo 2006 (JUR 271972) e, incluso, para el caso de que no haya liquidez para afrontar el pago, SJM Vitoria (nº 1) 19 de diciembre 2006 (AC 302).

Según **SEGALÉS FIDALGO**, aunque la Autoridad Laboral no está obligada a velar por los intereses de los acreedores concurrentes, en los supuestos de concurso, es exigible que el Juez mercantil los tenga en cuenta, debiéndose optar por una interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores a las legalmente previstas en los supuestos de extinciones que afectan a toda la plantilla. Pudiéndose adoptar un criterio más flexible cuando se trata de resoluciones parciales. En cambio, con mejor doctrina, admitiendo el carácter de mínimo de estas indemnizaciones y la posibilidad de pactar cantidades superiores, **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal, op. cit.*, p. 74 y 75; **RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI**. *Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal*. Repertorio de Jurisprudencia nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1138); **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1222; **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 749; **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 769; y **MOLERO MARAÑÓN**. *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal, op. cit.*, p. 622. De hecho, como afirma **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL** “suele ser el empresario el que, para hacer factible el acuerdo, fuerza la negociación al alza de las indemnizaciones”. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas, op. cit.*, p. 257.

<sup>1432</sup> Recordar que estas cantidades se devengan contra la masa debiendo ser satisfechas a su vencimiento y, por tanto, con anterioridad a la liquidación. Arts. 84.2.5 y 154.2 LC.

<sup>1433</sup> No obstante, es importante tener en cuenta que la adopción de estas medidas sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere los arts. 74 y 75 LC, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso (art. 64.3 LC). En este sentido, el hecho de que la adopción de esta medida esté supeditada a que la viabilidad futura de la empresa esté comprometida, parece descartar que esta regla pueda entrar en juego en los casos en los que los empleos en la empresa van a desaparecer, pues, la empresa también va a tener el mismo destino. No obstante, un sector de la doctrina entiende que también es posible aplicar esta regla en estos casos, en base a la aplicación del art. 51 en los supuestos de la resolución de todos los contratos de la plantilla por cesación total de la actividad empresarial. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos, op. cit.*, p. 229.

los representantes de los trabajadores en los casos en los la solicitud provenga del propio deudor o de la administración concursal, una vez hecha la solicitud y no de forma simultánea a la misma como se exige en los ERE (art. 64.5.3º LC).

En cuanto a la justificación de los motivos, asumiendo que se trata de un supuesto de excesiva onerosidad, es importante reparar que, al igual que en los preceptos estatutarios, la LC es extraordinariamente ambigua a la hora de describir la intensidad del desequilibrio necesaria para que las medidas que se proponen estén justificadas<sup>1434</sup>. Como se ha apuntado, la norma simplemente se refiere a las “causas motivadoras”, a los “objetivos que se pretenden alcanzar” con las medidas que se proponen y, finalmente, que todo ello “asegure” la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”. De la redacción de la norma y tomando como referencia la legislación laboral, pueden extraerse las siguientes apreciaciones.

En primer lugar, se observa que la intensidad del desequilibrio exigido es la misma para todas las medidas. A diferencia de la legislación laboral, por tanto, no se establece una graduación en función de la medida que se pretende introducir. Por consiguiente, a diferencia de la legislación laboral, no existe una relación secuencial entre las medidas, pudiéndose optar por cualquiera de ellas.

En segundo lugar, el precepto se refiere a que las medidas deben ir dirigidas a “asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo”<sup>1435</sup>. Teniendo en cuenta el contenido del art. 51 TRET analizado, podría entenderse que la fórmula utilizada por la LC opta por una concepción más flexible, pues, se “alinea” con el desequilibrio exigido en los supuestos de resolución por disminución de la eficiencia (frente a la concepción más estricta exigida en los supuestos de disminución de la rentabilidad). Lo cual no deja de ser, en cierto sentido, paradójico, pues, es una razón económica la que probablemente fundamentará la medida que se propone. Por este motivo, parece desprenderse, en cuanto a las resoluciones se refiere, que la legislación concursal es menos estricta que la extraconcursal. La cuestión está en determinar si el empleo del término “asegurar” *ex* LC, frente al de “garantizar” *ex* art. 51

---

<sup>1434</sup> Una posible explicación a este silencio legislativo, siguiendo la exposición de CRUZ VILLALÓN, es que el Legislador “presuma que una empresa que se encuentra declarada en concurso, a su vez, debida a una situación de insolvencia del empleador, constituye por sí misma causa justificativa, determinante de una situación de dificultad económica como para poder suspender o cerrar definitivamente la actividad empresarial y, con ella, suspender o *despedir* los correspondientes contratos de trabajo” [la cursiva es nuestra]. Sin embargo, a pesar de lo apuntado, no cabe realizar traslaciones automáticas sino que la realidad es mucho más compleja, especialmente, porque la intensidad de las insolvencias puede ser diversa. **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 528.

<sup>1435</sup> Es importante advertir que la diferencia con respecto a la normativa existente con anterioridad a la LC, pues, como se recordará, en virtud del art. 51 TRET la existencia de una suspensión de pagos o quiebra enervaba la prueba de la existencia de una causa económica para resolver los contratos. **PEDRAJAS MORENO** y **SALA FRANCO**. *Los aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.* (versión digital). *Vid.* al respecto también, **LÓPEZ PARADA**. *Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de seguridad social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal*, *op. cit.*, p. 106 y ss.; y **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 510 y 511.

TRET, tiene alguna repercusión en la delimitación del desequilibrio exigido. A nuestro juicio, se trata de dos términos que se refieren a lo mismo<sup>1436</sup>.

Sin embargo, el resultado que se obtiene de la combinación de estos dos planteamientos, *desdibuja* la naturaleza o función que debe cumplir cada una de medidas vistas en su conjunto, al menos desde la tradicional perspectiva jurídico-laboral. O, desde otro punto de vista, cabría plantearse si esta configuración es acorde con el espacio conceptual descrito por los vectores siguientes: la causa del contrato (en la que se integra la dimensión organizativa), la excesiva onerosidad, la estabilidad en el empleo y la alteración de lo pactado. Es decir, si bien es cierto que a medida que se intensifica el desequilibrio, el número de alternativas que se ofrecen al empresario se incrementan, desde un punto de vista conceptual, difícilmente podría entenderse que esta posibilidad se admitiera del mismo modo en las situaciones de riesgo más severo como en las que no lo son tanto. Sin duda, existe una correlación consustancial entre el desequilibrio (esto es, entre lo que la doctrina laboral califica como “causas” y “finalidades”) y la alteración de lo pactado (las “medidas”). Por consiguiente, debe entenderse que, a pesar de que la norma no lo especifique, el reconocimiento de la facultad de alteración de lo pactado en sus diversas modalidades implica necesariamente la exigencia de un nivel de riesgo determinado<sup>1437</sup>. De hecho, la existencia de esta correlación natural y lógica entre el desequilibrio y la alteración posible, podría ser una posible explicación por la que el Legislador concursal no la ha explicitado. Sin que, por tanto, el acento que la naturaleza concursal da a estos desequilibrios sea suficiente para entender que, sobre esta cuestión, deba producirse un desvío de la lógica operativa laboral. Lo que, por otra parte, no debe interpretarse como que el nivel de riesgo exigido en los desequilibrios concursales deba ser el mismo que en los extraconcursoales, sino que dentro de cada ámbito (esto es, concursal o extraconcursoal), la concreta alteración que se proponga debe corresponderse con un nivel de riesgo determinado. De hecho, es claro que el desequilibrio exigido para las modificaciones sustanciales es mayor si se ha declarado el concurso que si se trata de una situación extraconcursoal<sup>1438</sup>.

Por otra parte, puede identificarse los intentos de la LC de superar las incoherencias que la doctrina laboral ha observado en la legislación estatutaria, cuando para resolver los contratos en los supuestos de cesación total de la actividad, se exige que la medida propuesta

---

<sup>1436</sup> Otro aspecto interesante es el relativo al juego que supletoriamente puede tener el Derecho del Trabajo (en concreto, el RPRE'96 y, sobre todo, la jurisprudencia y doctrina judicial existente al respecto) – art. 64.11 LC. Repárese que, el hecho de los TSJ de lo Social conozcan de los recursos frente a las resoluciones de los Jueces mercantiles, supone otorgar al orden jurisdiccional laboral una competencia que en los supuestos extraconcursoales de suspensión y resolución colectiva por causas de empresa tienen asignada los tribunales de lo contencioso-administrativo.

<sup>1437</sup> A pesar de ello, un sector de la doctrina entiende que en aplicación de la cláusula de aplicación supletoria de la legislación laboral (art. 64.11 LC) cabe entender aplicables los desequilibrios exigidos en los arts. 40, 41, 47 y 51 TRET. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, op. cit., p. 238; **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** y **MERCADER UGUINA**. *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales*, op. cit., p. 494; y **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64*, op. cit., p. 751.

<sup>1438</sup> En términos similares, **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64*, op. cit., p. 1203.

contribuya a superar una situación negativa de la empresa o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. En cambio, en la legislación concursal, el empleo de la expresión “en su caso”, da a entender que la búsqueda de la viabilidad futura de la empresa y del empleo no es un objetivo que siempre deba perseguirse, pues, como es evidente, en ocasiones no será posible<sup>1439</sup>.

En cuanto a la documentación que debe aportarse para acreditar estos extremos, destaca, en comparación con lo previsto en el TRET (en concreto, el art. 47.1.3° TRET) que debe aportarse la misma en todos los supuestos, con independencia, por tanto, de la alteración que se propone. Por otra parte, no se especifica qué concretos documentos deben facilitarse<sup>1440</sup>. En este sentido, cabría entender que son aplicables los arts. 6, 7 y 20.b) RPRE’96, aunque este silencio puede interpretarse como la voluntad del Legislador de otorgar libertad de criterio al respecto<sup>1441</sup>. De todos modos, lo cierto es que la documentación que ha tenido que aportar el deudor, tanto en los supuestos de concurso voluntario como necesario, supera con creces a las previstas en el RPRE’96<sup>1442</sup>. Por otra parte, se plantea la duda respecto de si es exigible que se acompañe o no una relación concreta de los trabajadores afectados por la medida que se propone. A pesar de lo previsto en las situaciones extraconcursoales, en las que cabe otorgar una autorización genérica sin especificar los concretos trabajadores afectados, la doctrina laboral ha estimado que en el ámbito concursal no es posible, por lo menos, cuanto se esté hablando de resoluciones contractuales, pues, las indemnizaciones tienen el carácter de créditos contra la masa<sup>1443</sup>.

---

<sup>1439</sup> En términos similares, **MONEREO PÉREZ**. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*, *op. cit.*, p. 575 y 576.

<sup>1440</sup> Si la solicitud proviene de los representantes de los trabajadores deberán aportar la documentación que estimen pertinente o, incluso, ninguna. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>1441</sup> **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 535.

<sup>1442</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 64. En términos similares, **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN** afirma que para el Juez del concurso probablemente sea más relevante el informe de la administración concursal que la información que pueda obtener por aplicación de los artículos citados del RPRE’96. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, *op. cit.*, p. 231. A pesar de lo apuntado, como afirma **CRUZ VILLALÓN**, es posible que el citado informe sea insuficiente. **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 535. Otros autores, en cambio, entienden que presentado el informe de la administración concursal la obligación de información sobre la fundamentación de las medidas debe ser suavizada. **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 1209. De todos modos, lo cierto es que, en tanto que la alteración sobrevenida del contrato puede solicitarse con carácter previo a la elaboración del informe de la administración concursal, el sujeto solicitante de la medida deberá acreditar la idoneidad de la medida propuesta y el contenido de los arts. 6, 7 y 20.b) RPRE’96 serán los medios de prueba más indicados.

<sup>1443</sup> **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 65. Como afirma **MOLERO MARAÑÓN**, la legislación concursal “se inclina por una resolución judicial del Juez del concurso que no deja apenas margen de apreciación para una posterior concreción individualizadora. El auto que dicta el Juzgado de lo Mercantil debe, no sólo resolver sobre la idoneidad de la medida colectiva instada, sino que si la estima como adecuada, debe identificar tanto el alcance general o colectivo como los efectos individuales que provoca su procedencia, fijando nominativamente los trabajadores afectados, así como las consecuencias económicas que derivan de su puesta en marcha”. **MOLERO MARAÑÓN**. *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 637 y 638. En este sentido, se afirma que es necesario que “en la solicitud se concrete el *petitum* del solicitante, a efectos de respetar el principio de congruencia y de no provocar indefensión a los afectados, lo cual exige que se identifique nominativamente a los trabajadores”. No obstante, si la solicitud es genérica, el auto judicial debería



Además, como se ha avanzado, en los supuestos de empresas que empleen a más de cincuenta trabajadores, debe aportarse “un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo” (art. 64.5.2º LC)<sup>1444</sup>. Menciona que, pese a no especificarse en el precepto, parece referirse al conocido en la legislación laboral como “plan de acompañamiento social”. No obstante, se trata de una previsión ciertamente ambigua y de difícil catalogación, atendiendo a la literalidad de los términos empleados<sup>1445</sup>. En primer lugar, si se presta atención a su configuración en la LC, se observa que se ha desnaturalizado el sentido del citado plan, al menos, en los términos en los que se prevé en la legislación laboral, pues, como se recordará, su objetivo es prever las medidas paliativas para los trabajadores afectados por las resoluciones proyectadas en el ERE, y no, como sucede en la LC, para cualquier medida. Pudiéndose llegar a situaciones, especialmente en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en las que la aportación del citado plan sea muy limitada. Además, puede afirmarse que el contenido del plan se solapa con el contenido del informe dirigido a describir las causas motivadoras de las medidas que se proponen, pues, se refiere a la incidencia de las medidas en la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”. En cualquier caso, cabe defender la aplicación supletoria de lo previsto al respecto en el TRET y, especialmente, en el RPRE’96. Por otra parte, no parece que de la literalidad de la norma pueda extraerse la obligación de facilitar esta información a los representantes de los trabajadores. A pesar de ello, parece evidente que debe optarse por la interpretación contraria.

2.- Recibida la solicitud, y con independencia de quien haya solicitado la medida que está siendo objeto de discusión, el Juez debe convocar a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, con el deber de negociar de buena fe a fin de alcanzar un acuerdo<sup>1446</sup>. La duración de las consultas no será superior (por tanto, plazo

---

limitarse a aceptar o rechazar las medidas solicitadas, requiriéndose un acto posterior, bien del empresario deudor o bien de la administración concursal. Solución de todos modos criticable por los efectos perversos que puede tener sobre las garantías del proceso. **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 737 y 746. Otros autores, en cambio, estiman que al tratarse de una cuestión no especificada legalmente es, por consiguiente, susceptible de ser concretada por la administración concursal, **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 1217 y 1218.

<sup>1444</sup> La doctrina ha criticado su ubicación sistemática pues en vez de ubicarse en el art. 64.5 LC, dedicado al período de consultas, debería ubicarse en el apartado 4 del art. 64 LC ya que se trata de un documento preceptivo. **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos, op. cit.*, p. 232.

<sup>1445</sup> La doctrina ha destacado las dificultades para determinar el contenido del citado plan. **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64, op. cit.*, p. 738. Así como la debilidad de este requisito, **MARTÍNEZ GARRIDO**. *Art. 64, op. cit.*, p. 763.

<sup>1446</sup> Repárese que quienes deben participar son los representantes de los trabajadores y la administración concursal y no el empresario deudor aunque haya hecho la solicitud de la medida. En cuanto a los concretos representantes de los trabajadores a los que se refiere la norma, siguiendo a **ALBIOL MONTESINOS**, si bien es cierto que en el ámbito extraconcursal, es el empresario el facultado para elegir a los interlocutores sociales, en el ámbito concursal, lo mejor es entender que la representación idónea es la unitaria (pues, lo más probable es que el Juez del concurso desconozca el nivel de implantación sindical en la empresa); salvo que la administración concursal o el deudor empresario hayan designado al interlocutor que estima más adecuado, o que los sujetos convocados estimen que las consultas deben realizarse con la representación sindical. Por otra parte, en cuanto al proceso de negociación, no

máximo) a 15 días naturales si se trata de una empresa que cuente con menos de 50 trabajadores o de 30 si tiene más, sin necesidad de que tenga que consumirse dicho término si se alcanza un acuerdo (art. 64.5.1º LC)<sup>1447</sup>.

Finalizado el plazo con o sin acuerdo o en el momento que se consiga, la administración concursal y los representantes de los trabajadores deben comunicar al juez del concurso el resultado del período de consultas<sup>1448</sup>. Es en este momento cuando entra en juego la Autoridad Laboral, emitiendo un informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá estar listo en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión<sup>1449</sup>. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución (art. 64.6.2º LC).

3.- Una vez cumplidos todos estos trámites expuestos, el Juez debe resolver (mediante auto) en un plazo máximo de cinco días, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado (convirtiéndose su decisión en un típico acto reglado<sup>1450</sup>), salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (art. 64.7.1º LC)<sup>1451</sup>. Sin posibilidad de adoptar medidas

---

parecen existir inconvenientes para aplicar las normas existentes al respecto en la legislación laboral. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 67 y 70. En cambio, para DE LA PUEBLA PINILLA, en caso de concurrencia de solicitudes, debe acudirse a un criterio temporal, atendiendo el Juez concursal a la primera de las solicitudes presentadas. Y, para el caso de que la iniciativa no provenga de los trabajadores, se emplaza a las propias representaciones para que decidan y, en caso de discrepancia, debe decidirlo los propios trabajadores en asamblea. **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64*, op. cit., p. 734 y 740.

<sup>1447</sup> El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos (art. 64.6.1º LC). Para el supuesto de que surjan discrepancias cabría entender aplicable lo previsto en el art. 85.1 TRET. Planteándose ciertas dudas cuando se prevea la solución de las consultas a través de un árbitro. **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 542. Y, rechazando esta posibilidad, por completo, por entender que así se desprende del art. 52.1 LC, **MERCADER UGUINA** y **ALAMEDA CASTILLO**. *Art. 64*, op. cit., p. 1214.

<sup>1448</sup> Comunicación que debe realizarse a la mayor brevedad posible y sin dilaciones. Por otra parte, la comunicación no debe limitarse a dar conocimiento del resultado de las consultas, sino que debe acompañarse las actas correspondientes y en todo caso, “un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido examinados”. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 71.

<sup>1449</sup> Extensamente al respecto, **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 544 a 547.

<sup>1450</sup> **MONEREO PÉREZ**. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*, op. cit., p. 572: “el acuerdo colectivo resulta vinculante para el Juez, el cual no puede proceder a modificar los términos del acuerdo alcanzado”.

<sup>1451</sup> En este caso, el Juez tiene un margen de discrecionalidad amplio. **MONEREO PÉREZ**. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*, op. cit., p. 573. Un ejemplo ilustrativo al respecto puede verse en SJM Valencia (nº 1) 28 de julio 2005 (AC 1302). Por otra parte, es importante tener en cuenta que el auto del Juez aceptando lo acordado no conlleva la adopción de la medida en sí, sino que es preciso un acto posterior por parte del empresario deudor o de la administración concursal. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 73 y 75; **CRUZ VILLALÓN**. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 550. En contra, se afirma que “el protagonismo en la adopción de este tipo de decisiones la asume el Juez del concurso, sin necesidad de una intervención sucesiva del sujeto empresarial o de la administración concursal para

distintas a las solicitadas, tal y como se deriva del principio de congruencia<sup>1452</sup>. En cuanto a la libertad de apreciación del Juez del concurso cabe preguntarse si esta remisión a la legislación laboral se refiere al desequilibrio exigido para cada una de las medidas. Esto es, si para determinar la existencia de una excesiva onerosidad puede acudir a lo que prevé la legislación laboral. A nuestro entender, no, pues, la documentación de que dispone el Juez es la dirigida a justificar el desequilibrio que exige el art. 64.4 LC y no los diversos desequilibrios descritos en los arts. 40, 41, 47 y 51 TRET<sup>1453</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión que se adopta por el Juez del Concurso no puede tener efectos retroactivos<sup>1454</sup>. Para el supuesto de que el Juez no dicte el auto en el plazo de cinco días, debe entenderse, ante el silencio de la LC y por aplicación del art. 51.5 TRET, que el acuerdo ha quedado aceptado. Ahora bien, si no existiera acuerdo no cabe interpretar el sentido positivo del silencio.

#### **4.4.- Recapitulación.**

Si pretendemos delimitar con cierta precisión la intensidad con la que se promueve la estabilidad en el ordenamiento jurídico español es imprescindible tener en cuenta las respuestas legales previstas para las situaciones concursales. Sin olvidar que el fundamento que inspira la LC condiciona los planteamientos e instituciones jurídico-positivas conservacionistas que contiene. Motivo por el que hemos considerado que era más adecuado no integrar su análisis con el estudio de los supuestos resolutorios previstos en los arts. 51 y 52 TRET.

Como se ha tratado de justificar a lo largo de este epígrafe, la incidencia de la legislación concursal en la estabilidad en el empleo es una circunstancia *derivada*. Es decir, sólo se va a poder constatar cuando contribuya a superar la situación de crisis que padece el empresario. Desde esta perspectiva, la posibilidad de salvaguardar el empleo se va articular de un modo subsidiario o instrumental de otro objetivo que se estima como prioritario. Es decir, todo el proceso va a depender de la voluntad de reflotar o dar continuidad al proyecto

---

que el pronunciamiento judicial cobre eficacia<sup>7</sup>. **MOLERO MARAÑÓN**. *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 643. Compartiendo este planteamiento, **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 746 y 747; y **BAJO GARCÍA**. *En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal*. ASoc nº 17, 2005, versión digital (BIB 2005\2532). Siguiendo este criterio en la doctrina judicial, STSJ Cataluña 27 de septiembre 2005 (AS 2699).

<sup>1452</sup> **DE LA PUEBLA PINILLA**. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 745.

<sup>1453</sup> Compartiendo este criterio, **BAJO GARCÍA**. *En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal*, *op. cit.* (versión digital). En contra, **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN**. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, *op. cit.*, p. 238. En términos similares, SSJM Valencia (nº 1) 28 de julio 2005 (AC 1302); Madrid (nº 4) 27 de enero 2005 (AC 149).

<sup>1454</sup> SJM Bilbao (nº 1) 4 de marzo 2005 (AC 245).

empresarial. Aunque todo parece indicar que la tendencia existente al respecto vaya encaminada hacia soluciones liquidatorias.

En cuanto a la técnica legislativa empleada, puede afirmarse que, en términos generales, la normativa concursal deja en el aire un número, a nuestro entender, excesivo de cuestiones; lo que probablemente dará lugar a importantes conflictos interpretativos. En cualquier caso, teniendo en cuenta la experiencia (en cierto sentido, negativa) existente en el ámbito extraconcursal, no se alcanza a comprender cómo no se ha optado por hacer un mayor esfuerzo de concreción. En este sentido, la uniformización del desequilibrio contractual exigido para cada una de las modalidades de alteración (modificación, suspensión y resolución) es ilustrativa de esta carencia. En lo relativo al desequilibrio contractual exigido no deja de sorprender que la LC se coloque en la órbita del exigido para las resoluciones por disminución de la eficiencia prevista en el art. 52.c) TRET.

Por otra parte, como ya se ha avanzado, en la legislación concursal, la decisión de alterar el contenido del contrato se supedita a la decisión de un tercero (salvo que se trate de resoluciones que no pueden calificarse como “colectivas”). Sin duda, esta medida supone un punto de inflexión en la evolución reciente de la regulación jurídica que posibilita la alteración sobrevenida de lo acordado. Repárese que, salvo la naturaleza del ente que interviene, el modelo es el mismo que el previsto en el art. 51 TRET. Esto es, se trata de fomentar que los interesados actúen con el mayor número de información posible y, en caso de desacuerdo, se decide que el nivel de riesgo socialmente deseado acabe dependiendo de una decisión previa de un tercero. La medida tiene claramente una lectura preventiva, esto es, con ella se pretende evitar la concurrencia de determinados riesgos o tratar de paliar sus consecuencias en caso de su acaecimiento. La razón por la cual se atribuye esta facultad a un tercero, en perjuicio de los intereses de una de las partes, parece hallarse en la presunción de que este tercero está en mejor posición para averiguar cuál es la solución más adecuada, atendiendo a todos los intereses concurrentes. Esto es, se estima que va a poder hacer un balance más ajustado a la realidad de lo que está en juego. O, dicho de otro modo, se establece este criterio porque el Legislador estima que, si tuviera que decidir el empresario (o quien le sustituya), es bastante probable que acabara tomando una decisión claramente insatisfactoria. En definitiva, se confirma la validez de este sistema de prevención de los riesgos, frente a los modelos de decisión estrictamente individuales.

Ahora bien, al afirmarse que la tarea a desarrollar excede de la función jurisdiccional, “veladamente” se está evidenciando que los Tribunales, quizás, no son las instituciones más adecuadas para gestionar estos conflictos. Por lo que, consiguientemente, cabría plantearse si, de nuevo, no podría articularse un organismo cuya composición orgánica o mecánica de

funcionamiento tuviera en cuenta la heterogeneidad de intereses, o bien, se atribuyera a la Administración.

Otro aspecto a considerar es el relativo a los mecanismos de compensación del trabajador por la pérdida del empleo. En primer lugar, la incipiente interpretación de la doctrina judicial reconociendo la legalidad de los pactos que incrementan el importe de la indemnización nos resulta especialmente acertada (a pesar de los planteamientos que caracterizan a los desequilibrios concursales). Especialmente, si se tiene en cuenta la imprecisión de la LC respecto de lo que en las situaciones extraconcursoales se conoce como “plan de acompañamiento social” – y la posibilidad de que no se prevea medida alguna al respecto. En cualquier caso, a pesar de esta falta de precisión, parece del todo adecuado entender que un plan de similares características al exigido en los desequilibrios extraconcursoales sea exigible, aplicando supletoriamente la legislación laboral.



***5.- La resolución del contrato por excesiva onerosidad por parte del trabajador como respuesta a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo: régimen jurídico de una consecuencia de la estabilidad en el empleo.***

La investigación efectuada hasta este momento nos ha permitido averiguar las facultades resolutorias reconocidas al empresario por excesiva onerosidad. Sin embargo, ésta no es una facultad que tenga atribuida monopolísticamente, sino que también, se reconoce a los trabajadores. En efecto, ante determinadas circunstancias, el TRET faculta al trabajador para resolver sobrevenidamente el contrato, percibiendo una compensación económica tasada. Posibilidad que viene reconocida en los arts. 41.3.2º y 40.1.4º y 2.8º TRET. Aunque pueda resultar un contrasentido, por tratarse de un supuesto de ineficacia contractual, la vinculación de esta facultad con el *favor negotii* es muy estrecha. Especialmente porque, al igual que en la facultad resolutoria por incumplimiento imputable, tiene una configuración ciertamente restrictiva. Lo que nos ayudará a completar el mapa de la estabilidad en el empleo que nos hemos propuesto al iniciar esta investigación.

En efecto, la posibilidad del trabajador de resolver el contrato indemnizadamente se encuentra en una encrucijada. Aunque la modificación de lo acordado por parte del empresario, desde una perspectiva de política legislativa, es valorada como una medida adecuada, en tanto que previene (o pospone) el acceso a medidas más drásticas, paralelamente, es claro que la posibilidad de sustraerse de lo pactado, esto es, de actuar más allá de los límites del contrato de trabajo, no debe admitirse sin cortapisas. Por consiguiente, aunque parece lógico ofrecer al trabajador un mecanismo de protección para hacer frente a la alteración efectuada, pues, (con toda probabilidad) va a suponer una superación del *alea* previsto, no puede reconocerse abiertamente, ya que, de otro modo - si se nos permite -, se estaría dejando entrar por la ventana, lo que no se quiere que pase por la puerta. Por consiguiente, el carácter restringido de la facultad resolutoria es una consecuencia directa de la facultad modificatoria reconocida al empresario, siempre y cuando, claro está, se estime que responde a los postulados de la estabilidad en el empleo.

Por otra parte, la solución legal desvela otro aspecto de indudable importancia, cual es que se acaba imputando al trabajador los perjuicios derivados de la imposición de la modificación “propuesta” por el empresario. Y ello porque el Legislador estima que son inferiores a los que acabaría asumiendo si optara por el desistimiento o por la resolución indemnizada. Cabría entender, entonces, que la facultad reconocida en los arts. 41.3.2º y 40.1.4º y 2.8º TRET puede incardinarse sin reservas dentro de las medidas de protección del empleo (con tintes, por cierto, claramente *paternalistas*, pues, viene a determinar, desde el

Estado, qué es lo que más conviene al trabajador). La norma, en vez de facilitar la salida de la empresa, persuade al trabajador a permanecer en ella, por considerarse que esta opción va a ser menos perjudicial (a pesar de la modificación), que si no tuviera trabajo.

Por consiguiente, en aras a la salvaguarda del empleo, esto es, del *favor negotii*, se opta por erosionar ostensiblemente la función delimitadora del contrato del *alea* previsto por las partes. De tal modo que el sistema incurre en una cierta contradicción o situación paradójica, pues, el único modo de salvaguardar la continuidad del negocio jurídico es, precisamente, admitiendo el carácter ‘prescindible’ de su contenido.

La naturaleza restrictiva apuntada se destila sin excesivos problemas de la literalidad de los artículos citados. En el supuesto descrito en el art. 41.3.2º TRET el trabajador está facultado para resolver el contrato si, previa modificación contractual motivada por una excesiva onerosidad sobrevenida, las nuevas condiciones laborales quiebran el equilibrio contractual inicialmente previsto. En definitiva, el motivo de la resolución, desde un punto de vista dogmático, puede ubicarse en la órbita de la tesis de la excesiva onerosidad sobrevenida. De todos modos, como se ha avanzado, se trata de una facultad restringida. Y, de hecho, es fácil advertir cómo el Legislador claramente trata de persuadir al trabajador para que no lo haga. Basta observar que sólo puede exigirse una indemnización en los tres supuestos enumerados en el párrafo 2º del apartado 3 del art. 41 TRET y que la compensación, en comparación con el art. 40 TRET, es sustancialmente inferior – un 25 % menos (además, repárese que tampoco va a tener acceso a la prestación contributiva de desempleo<sup>1455</sup>). En cuanto a la facultad resolutoria prevista en el art. 40 TRET pueden apreciarse algunas diferencias notables. Debiéndose destacar que su puesta en marcha no está *tan condicionada*; especialmente, porque parte de la *presunción* de que el motivo que la fundamenta (la movilidad decidida por el empresario) es mucho más gravosa para el trabajador.

En términos generales, por tanto, es claro que la circunscripción de estos supuestos resolutorios indemnizados tiene una lectura claramente preventiva, esto es, tiene el propósito que disuadir al trabajador para que, a pesar de las modificaciones contractuales, deje la empresa. Desde este enfoque, por tanto, es importante analizar los elementos objetivos legalmente exigidos para que pueda ejercerse esta facultad resolutoria.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de esta facultad no es pacífica en la doctrina (sin que, la redacción legal contribuya a ofrecer excesiva luz al respecto). Sin que creamos necesario reiterar la opción que defendemos, es importante advertir que, más allá de la discusión estrictamente doctrinal, la precisa determinación de la conceptualización dogmática de esta facultad tiene una relevancia extraordinaria. Especialmente, porque, desde la perspectiva del *favor negotii*, su verdadero

---

<sup>1455</sup> Art. 208.1.1.e) TRLGSS.



alcance debe medirse en tanto que contribuye a fundamentar la tesis de la vinculación consustancial entre las facultades de alteración contractual de *ambas partes* con el derecho al empleo (art. 35 CE).

Veamos a continuación todos estos aspectos.

### ***5.1.- Naturaleza jurídica de la resolución indemnizada a instancia del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.***

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de la acción extintiva reconocida al trabajador, como se ha avanzado, no existe unanimidad en la *comunidad laboral*. Conviene partir de la base de que, a pesar de su tratamiento normativo por separado y de la existencia de algunas diferencias en el régimen jurídico, puede afirmarse que la naturaleza jurídica de las facultades extintivas reconocidas al trabajador en los arts. 41 y 40 TRET es la misma.

La discrepancia, fundamentalmente, se centra en la adecuación o no del término “rescisión”, *ex art. 41.3.2º TRET*. La doctrina judicial vertida al respecto tampoco contribuye a clarificar la cuestión, pues, en algún caso, se emplea el término resolución<sup>1456</sup>, en otros, ambos indistintamente<sup>1457</sup>; o, incluso, se ha resaltado la inadecuación de los términos empleados en la Ley<sup>1458</sup>.

En la doctrina la cuestión también dista mucho de ser pacífica. Algunos autores entienden que el derecho que se reconoce al trabajador debe calificarse como un supuesto de ‘rescisión’<sup>1459</sup>. Otros, en cambio – con mejor doctrina, a nuestro juicio -, afirman que el empleo del término ‘rescisión’ no es adecuado<sup>1460</sup>, debiéndose entender que se trata de una ‘resolución’<sup>1461</sup>. Otros autores, sostienen que no se trata de una “verdadera resolución por

---

<sup>1456</sup> STSJ Canarias (Tenerife) 21 de enero 2002 (AS 1067).

<sup>1457</sup> SSTSJ Navarra 19 de noviembre 2002 (AS 4175); y Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999, (AS 3406).

<sup>1458</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 22 de febrero 1993 (AS 1149), *cit. SAN MARTÍN MAZZUCCONI. El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, nota 439, p. 217.

<sup>1459</sup> DE SOTO RIOJA. *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento, op. cit.* (versión digital).

<sup>1460</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores, op. cit.*, nota 43, p. 143; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 243; y CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 323: “es pacífico en la doctrina entender a ésta [la rescisión] como una acción de impugnación surgida de la celebración misma del contrato, basada en una desigualdad de las prestaciones que determina una lesión para alguna de las partes. En tales términos, la rescisión tiene su sede teórica dentro de los contratos que, aún siendo válidos, adolecen de eficacia. Es cierto que el derecho a la extinción (...) tiene su fundamento en una lesión producida al trabajador; pero, a diferencia de la rescisión, se trata de un perjuicio que no deriva de la celebración misma del contrato, sino de hechos sobrevenidos con posterioridad al mismo. El contrato no sólo es válido, sino que no cabe formular sobre él ninguna tacha de ineficacia, ni siquiera deviene ineficaz como consecuencia de la modificación”.

<sup>1461</sup> CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 323 y 324; SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, nota 439, p. 217; PALOMO BALDA. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales, op. cit.*, p. 186; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 242; y, ALBIOL MONTESINOS. *La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador, op. cit.*, p. 38.

incumplir el contrato, sino por extinción por la generación de daños, en grado diferente, tras una actuación lícita”<sup>1462</sup>. Por otra parte, también se ha afirmado que en tanto que no es predicable respecto de todos los supuestos modificatorios, debe entenderse que se trata de un supuesto dirigido a compensar ciertos daños y perjuicios<sup>1463</sup>.

A nuestro modo de ver, las objeciones a la calificación como una resolución a esta facultad extintiva del trabajador es consecuencia, en primer lugar, de la negativa a aceptar la naturaleza contractual de las facultades de alteración reconocidas, específicamente, al empresario. Sin embargo, lo cierto es que este análisis se ha acostumbrado a focalizar únicamente en las facultades de alteración de una sola de las partes, sin exponer la fundamentación dogmática de las reconocidas a la otra (el trabajador). En definitiva, todo ello ha dado lugar a una exposición parcial de un fenómeno jurídico, redundando en perjuicio de su preciso análisis e interpretación. Desde esta perspectiva, tal y como se ha tratado de demostrar con anterioridad, parece claro que si trabajador y empresario tienen la facultad de resolver el contrato ante la concurrencia de un desequilibrio imprevisto inimputable, debe colegirse – lógicamente, entendemos - que su fundamento dogmático debe ser el mismo. Aseveración que no debe quedar afectada por el hecho de que las condiciones de ejercicio sean diferentes, pues, más allá de las especificidades, en una visión en perspectiva, puede afirmarse que ambas facultades participan de idénticos elementos conceptuales y dogmáticos.

Pues bien, del análisis detenido de la facultad resolutoria prevista en el art. 40 y 41 TRET a favor del trabajador puede derivarse que se trata de una resolución por excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1464</sup>. En efecto, en el supuesto descrito en el art. 41.3.2º TRET, el trabajador está facultado para resolver el contrato, porque (previa modificación contractual del empresario – motivada, a su vez, por una excesiva onerosidad sobrevenida), se produce una quiebra del equilibrio contractual a raíz de la imposición de las nuevas condiciones laborales. En este nuevo escenario contractual, situado fuera de los límites de lo inicialmente acordado, parece lógico entender que se está produciendo una excesiva onerosidad sobrevenida, esto es, se ha superado objetivamente el *alea* normal previsto. Lo que, por otra parte, no es contradictorio con la idea de que el empresario está actuando conforme a la legalidad.

La acción resolutoria reconocida al trabajador, precisamente, trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa el límite (el riesgo valorado conforme a

---

<sup>1462</sup> RIVERO LAMAS. *La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y jurisprudencial*, op. cit., p. 346.

<sup>1463</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 16. Como contrapunto a este planteamiento, se afirma que la posibilidad de que el trabajador pueda extinguir el contrato con derecho a indemnización cuando sufra un perjuicio (aunque la decisión empresarial se haya declarado judicialmente justificada o bien injustificada y el empresario decidiera reponerlo en sus condiciones laborales anteriores), asimila este supuesto al mecanismo resolutorio, “ya que la acción impugnatoria como la resolutoria se ejercitarían mientras el contrato de trabajo esté en vigor y no se haya extinguido”. VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, op. cit., p. 262.

<sup>1464</sup> Cfr. PALOMO BALDA. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales*, op. cit., p. 187.

parámetros objetivos) previsto legalmente. Es decir, al igual que en lo que se refiere a las “causas de empresa”, el Legislador, tratando de impedir que las decisiones se fundamenten en valoraciones subjetivas, anticipa ciertos parámetros de valoración del riesgo objetiva.

De hecho, un sector de la doctrina judicial ha afirmado que, la finalidad de la compensación legal reside en la voluntad de “‘corregir’ la perturbación que la modificación puede producir en el trabajador, facultándole para resolver el contrato, lo que permite situar el fundamento jurídico de la opción de resolución en la ‘excesiva onerosidad sobrevenida’ y no en el incumplimiento empresarial”<sup>1465</sup>.

Repárese, por otra parte, que en lo que respecta al resarcimiento, no se trata de una indemnización de daños y perjuicios prototípica, pues, a pesar de que en el art. 41 TRET la acción se condiciona a que el trabajador demuestre que ha sufrido unos perjuicios, la demostración de su existencia no tiene una traducción en el importe de la compensación a percibir. Además, conviene reiterar que, dentro del ámbito de los arts. 40 y 41 TRET, el comportamiento empresarial (esto es, la decisión modificatoria) no puede calificarse como una conducta imputable. A nuestro modo de ver, la exigencia normativa de la existencia de tales perjuicios, en realidad, está refiriéndose al desequilibrio contractual padecido, esto es, a la demostración de una excesiva onerosidad sobrevenida. Desde esta perspectiva, debe entenderse que “el fundamento de la carga indemnizatoria responde a la imposición de una responsabilidad objetiva empresarial, derivada del daño causado al trabajador con la introducción de unos cambios que desbordan lo pactado contractualmente, que le perjudican objetivamente y le constriñen a optar por la resolución contractual”<sup>1466</sup>.

En este sentido, podría entenderse que, en tanto que la excesiva onerosidad debe ser valorada en términos objetivos, y no en base a meras apreciaciones subjetivas, la enumeración legal de los supuestos que dan derecho a la extinción indemnizada debe interpretarse como un intento dirigido a objetivizar el riesgo<sup>1467</sup>.

El hecho de que el art. 40 TRET nada especifique respecto del perjuicio sufrido, corrobora esta interpretación, pues, se entiende indiscutiblemente que el equilibrio contractual ha quedado roto con el traslado. La entidad de la modificación, le dota de un *halo de objetividad* que libera al trabajador de la demostración de la existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida<sup>1468</sup>.

---

<sup>1465</sup> STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406). En términos similares, SSTSJ Comunidad Valenciana 7 de abril 2004 (AS 3711); Navarra 19 de noviembre 2002 (AS 4175); y 28 de septiembre 2000 (AS 3110).

<sup>1466</sup> CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 159.

<sup>1467</sup> Entendiéndose que el resto son “intranscendentes”, CRUZ VILLALÓN. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, op. cit., p. 160.

<sup>1468</sup> De hecho, la doctrina judicial estima que para esta compensación no es necesaria la prueba de perjuicio alguno, pues, se presume la onerosidad de la decisión empresarial. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406); y La Rioja 1 de junio 2000 (AS 2641).

Finalmente, no cabe duda que el carácter restrictivo de la facultad resolutoria del trabajador es una consecuencia lógica de la admisión de la posibilidad de modificar sustancialmente el contenido del contrato con el propósito de preservar el empleo. Desde esta perspectiva es coherente que el Legislador trate de circunscribirla a los supuestos en los que el desequilibrio contractual, desde un punto de vista objetivo, sea más evidenciable. De todos modos, si bien no cabe plantear objeciones a lo previsto en el art. 40 TRET, en cambio, no parece que el contenido del art. 41.3.2º TRET deba calificarse como afortunado, pues, circunscribe las posibilidades de compensación a ciertos supuestos en base a criterios cualitativos y no estrictamente cuantitativos<sup>1469</sup>.

### ***5.2.- Régimen jurídico de la facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad.***

La resolución indemnizada del contrato está supeditada a ciertos condicionantes. Consecuencia lógica si se admite la impronta de la estabilidad en el empleo en esta facultad y la voluntad de configurarla con un carácter claramente restrictivo.

Como se sabe, las condiciones para el ejercicio de esta facultad difieren sensiblemente en función de si se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o bien de un supuesto de movilidad geográfica.

La facultad resolutoria del trabajador en el supuesto del art. 41 TRET está condicionada a la concurrencia de los siguientes factores: existencia de una modificación sustancial de determinadas condiciones de trabajo por causas de empresa. Lo que implica que se produzca una modificación sustancial en alguna de las materias listadas en los apartados a), b) y c) del art. 41.1 TRET<sup>1470</sup>; que concurra de un desequilibrio contractual que la justifique; que se siga el procedimiento legalmente previsto; y, finalmente, que el trabajador pruebe la

---

<sup>1469</sup> Un sector de la doctrina laboral también ha criticado el contenido del citado precepto. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, asumiendo que cualquier modificación (salvo los ascensos, reducción de jornada o aumento de salario) es perjudicial para el trabajador, entiende que era más adecuada la redacción del art. 24.3 LRL'76, pues, al emplear la expresión “si se considerase perjudicado el trabajador”, era un criterio subjetivo que no precisaba prueba alguna (SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital). Y MARTÍNEZ EMPERADOR es partidario de que el derecho a la compensación no se circunscriba a los tres supuestos establecidos en la Ley, debiéndose predicar ante cualquier modificación, siempre que concurra un perjuicio (MARTÍNEZ EMPERADOR. *Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 231. En términos similares, VALLEJO DACOSTA. *Modificaciones de las condiciones de trabajo, op. cit.*, p. 263 y 264; y, vigente el ET'80, CRUZ VILLALÓN. *Las modificaciones de la prestación de trabajo, op. cit.*, p. 331 y 332.

<sup>1470</sup> La doctrina entiende que el denominador común de las tres materias que pueden dar derecho al percibo de una compensación es que “ordenan el tiempo de trabajo, siendo ésta una materia que trasciende de las fronteras de la relación contractual para incidir de modo directo en las actividades del trabajador al margen de dicha relación, sean o no laborales (sus hábitos de convivencia, pluriempleo, etc.)”. SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, p. 221.

Materias que pueden ampliarse si así se establece por convenio colectivo, GALA DURÁN. *Modificación sustancial de condiciones y cuantía salarial, op. cit.* (versión digital).

existencia de un perjuicio. En cambio, la resolución del contrato por excesiva onerosidad prevista en el art. 40 TRET depende ‘simplemente’ de la existencia de un traslado (entendido en términos amplios)<sup>1471</sup>, siempre que esté justificado por un desequilibrio contractual y que se siga el procedimiento de modificación legalmente previsto.

Notificada la decisión empresarial (individual o colectiva), siempre que cumpla con los requisitos descritos, si el trabajador no está conforme, puede optar por la extinción<sup>1472</sup>. Todo ello, sin perjuicio de que el trabajador pueda instar la resolución del contrato *ex art. 50.1.a) TRET* (con derecho a la indemnización prevista en el art. 56.1 TRET), si la modificación redundara en perjuicio de su formación o menoscabara su dignidad, e independientemente de la modificación contractual realizada, siempre y cuando, sea sustancial<sup>1473</sup>.

---

<sup>1471</sup> *Vid.* al respecto *infra*, Epígrafe I.1 del Apartado B del Capítulo IV (Primera Parte).

<sup>1472</sup> La doctrina se manifiesta unánimemente por el carácter extrajudicial o automático de la extinción, bastando la comunicación del trabajador al empresario de su voluntad extintiva. **SALA FRANCO**. *La movilidad geográfica*, *op. cit.*, p. 105. Es importante advertir que si decide extinguir el contrato, no podrá impugnar la decisión empresarial porque la relación laboral ya no existe. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 233; y **DE SOTO RIOJA**. *La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento*, *op. cit.* (versión digital). Ahora bien, impugnada la decisión y declarada justificada, el trabajador puede optar por extinguir el contrato *ex art. 41.3.2º TRET*, sin que, por otra parte, la impugnación y la extinción puedan plantearse simultáneamente. STS 21 de diciembre 1999 (RJ 2000\1426) – vertida en un supuesto de movilidad geográfica, exportable a los supuestos del art. 41.3.2º TRET dada su similitud. En la doctrina, admitiendo esta posibilidad, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, *op. cit.*, p. 233 y 234. En contra, **DE SOTO RIOJA**, *op. cit.* (versión digital). *Vid.* también una crítica del mismo autor a la STS 21 de diciembre 1999 (RJ 2000\1426). En tal caso, la doctrina entiende que el plazo para resolver el contrato *ex art. 41.3.2º TRET* – plazo de caducidad de 30 días - debe contar a partir de la fecha en la que se le notifica al trabajador la sentencia que declara el carácter justificado de la decisión empresarial. **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 85 y 86. *vid.* también, aunque planteado ciertas objeciones a esta interpretación, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, *op. cit.*, p. 234.

Siguiendo la exposición de **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, en cuanto al plazo de ejercicio de esta facultad, pese a no existir unanimidad en la doctrina, debe entenderse el plazo de preaviso de 30 días (p. 224 a 231). En términos similares, **BEJARANO HERNÁNDEZ**, *op. cit.*, p. 81 y 82. Criterio que comparte la doctrina judicial. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406); y, en relación a los traslados, STSJ Comunidad Valenciana 17 de septiembre 1998 (AS 3619). En contra, STSJ Canarias (Las Palmas) 29 de diciembre 2003 (AS 2004\3899).

<sup>1473</sup> Aunque con la excepción de lo previsto en el art. 39 TRET, dado que cualquier cambio de funciones derivado del poder de dirección del empresario, si redunda en perjuicio de la dignidad o la promoción profesional del trabajador, puede justificar la resolución del contrato *ex art. 50 TRET* (por ejemplo, STSJ Cataluña 9 de junio 2005, AS 2379); debiéndose entender, que se produce una “aminoración del peso de la sustancialidad de la modificación”, desplazándose hacia el perjuicio ocasionado al trabajador. **BEJARANO HERNÁNDEZ**. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 32 y 33. Por otra parte, los Tribunales han admitido la acumulación alternativa o subsidiaria de la acción del art. 50.1.a) TRET con la del art. 41.3.2º TRET. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406); Madrid 24 de enero 1997 (AS 136); y Cataluña 12 de marzo 1990 (AS 4043). Motivo que permite a la doctrina distinguir entre la necesidad de la concurrencia de un “perjuicio genérico”, para los supuestos de extinción *ex art. 41.3.2º TRET*; y de un “perjuicio específico”, para los del art. 50.1.a) TRET. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 216. Empleando la misma terminología, **RIVERO LAMAS**. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En torno al art. 41*, *op. cit.*, p. 867. **CRUZ VILLALÓN** habla de perjuicio cualificado o grave (art. 50.1.a TRET); perjuicio simple (art. 41.3.2º TRET) y perjuicio intrascendente. **CRUZ VILLALÓN**. *El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994*, *op. cit.*, p. 160. Terminología empleada por la doctrina judicial. STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406).

Por otra parte, **SAN MARTÍN MAZZUCCONI** entiende que en los supuestos de riesgo *específico* el trabajador también está facultado para optar por la vía extintiva del art. 41.3.2º TRET, dado que el citado artículo en modo alguno lo impide o limita. De todos modos, comparando la respuesta legislativa prevista en el art. 50.1.a) TRET con la del art. 41.3.2º TRET existe cierta incoherencia, pues, si el perjuicio es *específico*, debe permanecer vinculado a la empresa durante la sustanciación del proceso, y si es *genérico* puede extinguir el contrato en cuanto aprecia el daño. **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, *op. cit.*, p. 218, 219 y 243.

Se trata, en definitiva, de una reclamación – la prevista en los arts. 40 y 41 TRET – extrajudicial, salvo que el empresario se niegue a abonarla por entender que la modificación no es sustancial, o bien, por oponerse abiertamente, o, aceptando la compensación, lo haga de un modo parcial<sup>1474</sup>.

Más allá de las diferencias en la cuantificación de la compensación (9 y 12 meses con un máximo de un año, como se sabe<sup>1475</sup>), la diferencia entre ambas acciones son notables. No sólo se presume la sustancialidad de la modificación cuando se trata de un traslado, sino que, además, a la hora de reclamar la indemnización legal tampoco es preciso que el trabajador demuestre el perjuicio sufrido porque también se presume.

En efecto, en el caso del art. 41 TRET, el trabajador puede percibir una compensación *siempre que resultara perjudicado*. El modelo bascula sobre la idea de la existencia de un perjuicio<sup>1476</sup>. Aunque también se ha admitido que tal prueba no es preceptiva “si el perjuicio es notorio y evidente”<sup>1477</sup>. Al margen de estos supuestos (ciertamente excepcionales), el trabajador debe probar la existencia de un “perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración”. Perjuicio que, por otra parte, “puede estar relacionado tanto con la posición contractual como con la personal y familiar del trabajador afectado, que no se exige sea el específico para la formación profesional o la dignidad del trabajador”<sup>1478</sup>.

### **5.3.- Recapitulación.**

En el contexto del estudio de los supuestos de ineficacia contractual por excesiva onerosidad, en el presente epígrafe hemos tratado de analizar las situaciones en las que los trabajadores tienen reconocida esta facultad. En virtud de los arts. 41.3.2º y 40.1.4º y 2.8º

---

<sup>1474</sup> Si empresario se negara a su abono o lo hiciera parcialmente, el trabajador puede reclamarla a través del procedimiento ordinario de reclamación de cantidad. En tal caso, no es aplicable el plazo de caducidad de 20 días *ex* art. 59.4 TRET, sino el de prescripción de un año, *ex* art. 59.1 y 2 TRET. SSTSJ Baleares 11 de septiembre 2001 (AS 4355); y Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406). *Vid.* también, STSJ Andalucía (Sevilla) 22 de febrero 1993 (AS 1149), *cit.* SAN MARTÍN MAZZUCCONI. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 232. *Vid.* también, BEJARANO HERNÁNDEZ. *Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, *op. cit.*, p. 83; y PALOMO BALDA. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>1475</sup> En los convenio consultados, no se acostumbra a incrementar el importe de la indemnización prevista en el art. 41.3.2ª TRET, aunque se dan excepciones. A 25 días con un máximo de 14 mensualidades (CCOL – Estatal – Industrias Pastas Alimenticias, BOE 23 de mayo 2006, RCL 1032); y a 25 días con un máximo de 15 meses (CCOL – Cáceres – Hostelería, DO. Extremadura 6 de abril 2006, LEG 913).

<sup>1476</sup> En este sentido, el TS ha afirmado que “no es dable establecer, en tal sentido, una presunción ‘*iuris tantum*’ de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse (...) la existencia de tales perjuicios”. STS 18 de marzo 1996 (RJ 2082). En términos similares, STS 18 de julio 1996 (RJ 6165); y SSTSJ Extremadura 19 de noviembre 2002 (JUR 2003\81594); Baleares 11 de septiembre 2001 (AS 4355); Madrid 19 de diciembre 2000 (JUR 2001\95263).

<sup>1477</sup> STSJ Madrid 14 de junio 2003 (AS 3628).

<sup>1478</sup> STSJ Andalucía (Málaga) 8 de octubre 1999 (AS 3406). En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana 28 de septiembre 2000 (AS 3110).

TRET, el trabajador tiene reconocida una facultad para resolver el contrato por excesiva onerosidad sobrevenida. En el presente epígrafe hemos tratado de poner de manifiesto la trascendencia de la discusión relativa a su naturaleza jurídica, pues, entendemos que no es baladí. Especialmente porque, como se viene exponiendo a lo largo del estudio, existe una interrelación consustancial entre el derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo, la excesiva onerosidad, la causa del contrato de trabajo (y la integración de la dimensión organizativa) y la búsqueda coherente, sistemática y dogmáticamente fundamentada de una exposición de las facultades de alteración de ambas partes contractuales. Como se está tratando de poner de manifiesto, el contenido de los citados preceptos estatutarios contribuye, junto con otras manifestaciones jurídico-positivas, a rebatir las tesis doctrinales que fundamentan las facultades de alteración empresarial en el derecho a la libertad de empresa, como ya se ha expuesto profusamente con anterioridad. Consideramos, por tanto, que la defensa de este planteamiento es una consecuencia lógica, derivada de la coherencia intrínseca del modelo de relaciones laborales vigente en España.

El análisis de las facultades resolutorias del trabajador por excesiva onerosidad nos ha permitido insistir en la idea de que, en la mentalidad del Legislador, concurriendo las denominadas “causas de empresa”, la modificación sustancial del contrato es una opción empresarial perfectamente lícita y legítima, y, en cualquier caso, una consecuencia (o mal) menor, ante el temor de que la empresa deje de ser *competitiva* y, con ello, peligre su continuidad y la de los contratos a ella vinculados. La cuestión es que, teniendo en cuenta que cualquier modificación sustancial, por definición, puede estar describiendo una situación de excesiva onerosidad (por colocarse más allá de los límites del contrato y, por tanto, alterar el equilibrio contractual inicialmente previsto), si se habilitara esta facultad resolutoria en cualquier supuesto (o en términos ciertamente amplios), se estaría haciendo un flaco favor a la estabilidad en el empleo. En definitiva, si la modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo responde a la voluntad de preservar el empleo, la naturaleza restrictiva de la facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad es una consecuencia que se decanta con carácter lógico.

La idea, por tanto, consiste en circunscribir esta facultad resolutoria, o de otro modo, lo que debe entenderse por excesiva onerosidad al menor número de supuestos. Esto es, a los que se estime que tienen un carácter *cualificado*. Desde esta perspectiva, parece que el art. 40 TRET, por las implicaciones que comporta, respondería adecuadamente a esta lógica operativa. En cuanto al art. 41 TRET, podría interpretarse que la circunscripción de la acción a los tres supuestos listados, responde a la búsqueda de parámetros de valoración objetiva del riesgo (circunstancia siempre problemática, cuando se trata de la excesiva onerosidad). De todos modos, como ya se ha apuntado, a pesar de comprenderse la naturaleza restrictiva con

la que debe articularse esta facultad resolutoria, en aras a favorecer la estabilidad en el empleo, no parece que la selección de riesgos efectuada por el Legislador, en base a circunstancias cualitativas, sea la más adecuada.

Por otra parte, desde la perspectiva de los modelos de imputación de la responsabilidad, si la modificación afecta a alguna de las circunstancias listadas y se constata la existencia de un perjuicio, parece lógico que si el empresario es el causante del riesgo (o del desequilibrio) y, sobre todo, el principal beneficiario del mismo, deba asumir una parte del coste de la extinción sobrevenida del contrato<sup>1479</sup>. Más allá de estos casos, salvo que sea aplicable el art. 50 TRET, el trabajador debe asumir los costes derivados de la extinción del contrato de trabajo, de un modo similar a como si hubiera desistido.

Lo que desvela que la intención del Legislador, al restringir las situaciones en las que la resolución podrá ir acompañada de un resarcimiento económico (y limitando su acceso a la prestación de desempleo contributiva), se deduce que quiere disuadirlo, “forzándole” a continuar prestando sus servicios a pesar de la modificación sustancial llevada a cabo. Desde el punto de vista de lo que se podría denominar como *función promocional* del Derecho, lo importante de esta medida es que el importe de la indemnización juega como un factor disuasivo para ambas partes contractuales. Al empresario, disminuyendo los incentivos para modificar ciertas condiciones de trabajo; y al trabajador, incrementando los incentivos para aceptar las condiciones que no sean alguna de las enumeradas en el art. 41.3.2º TRET.

---

<sup>1479</sup> Sólo asume una parte porque otra parte, la asumirá la Seguridad Social si el trabajador cumple con los requisitos exigidos, o en su defecto, lo asumirá por completo el trabajador.



***6.- La resolución del contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida: incidencia de la estabilidad en el empleo en la ineficacia del contrato derivada de un hecho obstativo.***

El contrato de trabajo puede resultar ineficaz si concurre una imposibilidad objetiva sobrevenida. A la hora de describir la intensidad con la que se promueve la conservación del contrato de trabajo, la imposibilidad objetiva, como supuesto de ineficacia contractual, presenta algunas particularidades de notable alcance, pues, nos estamos refiriendo a hechos sobrevenidos que, por definición, son imprevistos o, si previstos, inevitables. Lo que, desde una perspectiva preventiva, esto es, de contención del empleo, es preciso delimitar claramente qué papel ha jugado la estabilidad en el empleo en su configuración.

Como es lógico, la concurrencia de un hecho obstativo sobrevenido puede afectar tanto al trabajador como al empresario. Aunque, como se analizará, cuando se trata de un empresario persona jurídica, se ha discutido acerca de la posibilidad de ubicarlo en esta categoría dogmática (lo que, en el fondo, quizás explique el motivo por el que se ha optado por hacer partícipe a la Administración laboral con carácter previo a la extinción).

A pesar de que, como se acaba de apuntar, las posibilidades de anticiparse a determinados hechos obstativos sobrevenidos es limitada, y que las opciones para evitar (o prevenir) la extinción del contrato son restringidas, puede afirmarse que la incidencia de la estabilidad en el empleo en la configuración de este supuesto de ineficacia contractual ha sido muy notable. Especialmente, por dos motivos. En primer lugar, porque, siempre que ha sido posible, la tendencia de la legislación laboral ha sido la de posponer los efectos del hecho obstativo sobre el contrato de trabajo, con el propósito de alcanzar un alto nivel de certeza acerca de su carácter imposibilitante. En segundo lugar, se ha tratado de articular un modelo de financiación de los perjuicios derivados de la extinción del contrato entre los diversos sujetos implicados, debiéndose resaltar su imputación al empresario - superándose las concepciones tradicionales liberales de la responsabilidad por culpa (encareciendo, en definitiva, las decisiones empresariales que optan por incrementar las plantillas y, por consiguiente, incidiendo de algún modo en el nivel de riesgo que desean asumir).

Factores cuya presencia puede identificarse conjunta o individualmente en todos y cada uno de los supuestos de ineficacia contractual por imposibilidad objetiva sobrevenida. Cuando el empresario es persona física, la legislación laboral, en aras a garantizar la continuidad de la relación de trabajo ha sido especialmente flexible a la hora de valorar la repercusión de determinadas circunstancias en el ciclo vital del empleador y posibilitando el juego de las reglas subrogatorias. En cambio, en el supuesto del empresario persona jurídica, el interés del Legislador parece haberse centrado en prever mecanismos de financiación del

perjuicio que padece el trabajador por la pérdida de su empleo. Aspecto, éste último, que en lo que se refiere al empresario persona física queda claramente en un segundo plano.

Por otra parte, cuando se trata de valorar los efectos de un hecho obstativo sobre la prestación del trabajador comprometida, el Derecho sustantivo se ha mostrado tradicionalmente cauto a la hora de declarar la ineficacia, tendiéndose a posponer, hasta verificar efectivamente el efecto imposibilitante del hecho obstativo sobrevenido o bien vinculándolo al efectivo reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social.

Veamos a continuación más detalladamente estos aspectos.

### ***6.1.- La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al empresario.***

Como es bien sabido, el régimen jurídico previsto para atender a los efectos de la imposibilidad objetiva cuando afecta al empresario, varía en función de si se trata de una persona jurídica (6.1.1.-) o de una persona física (6.1.2.-). Distinción que, por otra parte, se traduce, además, en un tratamiento legislativo claramente diferenciado. Motivo por lo que (siguiendo, por cierto, el esquema tradicional), se procederá a su estudio por separado.

#### ***6.1.1.- Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona jurídica.***

Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, el interés del régimen jurídico de la imposibilidad objetiva cuando se trata de un empresario persona jurídica debe centrarse en dilucidar, fundamentalmente, cuatro cuestiones. En primer lugar, debe averiguarse cómo incide un hecho obstativo en la prestación del empresario y su traducción en la salvaguarda del empleo. Y, en segundo lugar, cómo distinguirlo de un supuesto de excesiva onerosidad. En este sentido, más allá de la distinción conceptual entre estas dos categorías dogmáticas (ya analizada pormenorizadamente con anterioridad), el conflicto se plantea con especial intensidad en la práctica, especialmente, si se tiene en cuenta las particularidades de la prestación empresarial y el modo como puede quedar afectada a raíz de un hecho imposibilitante. El conjunto de todas estas discusiones convergen en una cuestión que trata de dar respuesta a los conflictos que suscitan: la canalización procedimental de este supuesto extintivo; dilucidándose a partir de ella, una última dimensión de extraordinario alcance, esto es, quién tiene que asumir los costes derivados de la extinción del contrato. Aspectos que serán objeto de análisis a continuación.

### **6.1.1.1.- La prestación empresarial frente a un hecho obstativo y la continuidad en el empleo.**

El juego de la imposibilidad objetiva como un supuesto de ineficacia contractual cuando un hecho obstativo afecta a la prestación del empresario presenta algunas particularidades que deben ser objeto de análisis.

En primer lugar, como se ha avanzado, debe averiguarse hasta qué punto un hecho obstativo puede afectar a la prestación empresarial y qué implicaciones jurídicas se decantan de esta discusión (6.1.1.1.1.-). Y, en segundo lugar, debe dilucidarse si la ineficacia contractual es una consecuencia que se deriva de cualquier hecho obstativo, o bien, en aras a la estabilidad en el empleo, cabe identificar algunos supuestos que la excepcionan (6.1.1.1.2.-).

#### **6.1.1.1.1.- La prestación del empresario, la imposibilidad objetiva y su eficacia extintiva.**

La posibilidad de suspender o extinguir el contrato por imposibilidad objetiva sobrevenida que afecte al empresario plantea ciertos problemas. En especial, se discute la posibilidad de encajar los planteamientos conceptuales tradicionales del Derecho común en el ámbito laboral cuando se habla de la prestación principal del empresario y de su naturaleza jurídica<sup>1480</sup>. Como se ha apuntado, la obligación principal (o prototípica) del empresario consiste en el abono de una cantidad de dinero, por lo que, en puridad, no debería hablarse de imposibilidad en la prestación, pues, al ser dineraria, jurídicamente siempre es posible (*genus nunquam perit*)<sup>1481</sup>.

Sin embargo, cabe entender que el haz de obligaciones a las que se compromete el empresario al firmar el contrato no se circunscribe a la obligación de remuneración del trabajo, pues, el contrato de trabajo no constituye un simple cambio de prestación de dinero y prestación de trabajo, sino que debe ser completado con otros deberes, concretamente, con “el deber del empresario de proporcionar al trabajador ocasión de trabajo” (SUÁREZ

---

<sup>1480</sup> En este sentido, es interesante observar como la Administración asume plenamente los planteamientos derivados del Derecho común. Según la RDGRL 27 de marzo 2007 (Exp. 75/07), para que un supuesto “pueda calificarse como fuerza mayor es necesario que cumpla las condiciones de extraordinario, imprevisible o que, previsto, no se pueda evitar y que como consecuencia del mismo provoque una imposibilidad para trabajar en la empresa, y que el hecho sobrevenido no sea imputable a la conducta del deudor de la prestación, debiéndose destacar que la ausencia de uno de estos elementos impide que pueda apreciarse la existencia de una fuerza mayor”. En términos similares, RRDGRL 26 y 19 de marzo 2008 (Exp. 23/08 y 215/07); y 12 de diciembre 2006 (Exp. 264/06).

<sup>1481</sup> PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 435.

GONZÁLEZ). Corrobora esta interpretación el contenido del art. 4.2.a) TRET que establece el derecho a la ocupación efectiva del trabajador. No obstante, admitida esta dimensión, el problema queda desplazado a otro nivel, pues, debe dilucidarse el momento a partir del cual debe entenderse que la imposibilidad es definitiva o cuando debe interpretarse que es sólo temporal.

De todos modos, la doctrina no es pacífica a la hora de admitir este argumento, y se afirma que tal obligación más que un deber autónomo debería calificarse como una simple carga u *onere* (MONTROYA MELGAR y DEL VALLE VILLAR). Por lo que, en el fondo, se estaría admitiendo que la imposibilidad objetiva nunca puede afectar a la prestación empresarial. El origen de esta discusión reside, principalmente, en la delimitación del espacio de operatividad de la intervención administrativa previa a partir de la promulgación del DCr'44 y, por tanto, en la especificación de las formalidades que deben seguirse en los supuestos de imposibilidad objetiva sobrevenida para proceder a la extinción de los contratos<sup>1482</sup>. En definitiva, lo que se trata de averiguar es si la prestación empresarial puede quedar afectada por un hecho imposibilitante inimputable y, por tanto, si extingue el contrato *ipso iure* o automáticamente, o simplemente constituye una mera causa que justifica la decisión de extinguir unilateralmente el contrato. La repercusión de esta discusión en la estabilidad en el empleo es fácil de advertir, especialmente, si se tiene en cuenta el papel que debe jugar la Administración en todo este proceso.

En contra de la fuerza extintiva automática de la imposibilidad objetiva, y partiendo de la base de que su prestación dineraria siempre puede cumplirse, se asevera que la fuerza mayor, lejos de incidir sobre el deber de ocupación, repercute sobre el interés del empresario al “mantenimiento de una organización productiva”, como una “medida de buena administración a su cargo”. Por este motivo, la fuerza mayor de acuerdo con los principios civiles, no puede aplicarse como supuesto extintivo que juega en favor del deudor de una forma clara y directa, dado que “la circunstancia obstativa que impide se realice efectivamente la prestación afecta en sí a algo externo a esa prestación, a la carga de recibir y utilizar la prestación del trabajador”<sup>1483</sup>. Así, se asevera, la fuerza mayor recae, propiamente, sobre la función económica en que consiste el mantenimiento de la organización productiva “haciéndola imposible”. Afirmación de la que se desprende que la imposibilidad objetiva sólo podría predicarse de la prestación del trabajador y nunca de la del empresario<sup>1484</sup>. Hecho del

---

<sup>1482</sup> *Vid.* al respecto, DEL PESO Y CALVO. *La fuerza Mayor Propia*, *op. cit.*, p. 94 y ss.; y ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 169 y ss.

<sup>1483</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 50. En el mismo sentido, ALBIOL MONTESINOS. *Estabilidad de la relación de trabajo en los casos de quiebra del empresario*. RPS n° 70, p. 42.

<sup>1484</sup> MONTROYA MELGAR. *El despido por fuerza mayor*, *op. cit.*, p. 99 y 100; también en *El poder de dirección del empresario*, *op. cit.*, p. 181 y ss.

que se deriva que en el ámbito del Derecho del Trabajo, la fuerza mayor carece de eficacia extintiva *per se*, convirtiéndose en una justa causa de *despido* (entendido como decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato)<sup>1485</sup>. Por lo tanto, no produce una extinción de la relación de trabajo automática, sino que requiere de una decisión extintiva del empresario fundada precisamente en la fuerza mayor que, al actuar a modo de justa causa, justifica la extinción.

En esta línea, ALONSO OLEA afirma que “la fuerza mayor no opera *ipso iure* ni automáticamente la extinción del contrato de trabajo, sino que es una circunstancia sobre la que pueden fundamentar las partes su decisión de extinguir. Si es el empresario el que extingue por esta causa, comienza por emitir el juicio de que la ejecución del contrato se ha convertido en imposible y concluye por adoptar la decisión de que, por ello, extingue el contrato. Como tal decisión es unilateral por hipótesis y va recta y derechamente dirigida a la extinción del contrato de trabajo, nos hallamos técnicamente ante un despido”<sup>1486</sup>.

SUÁREZ GONZÁLEZ, en cambio, considera que la fuerza mayor opera *ipso iure* no siendo necesario acudir a la autorización administrativa previa. Primero, porque como se ha apuntado, la prestación del empresario también integra el deber de ocupación efectiva. Segundo, porque desde la perspectiva de la jerarquía normativa, el DCr’44 se excede de lo dispuesto en el art. 76 LCT’44, pues éste sólo exige la autorización administrativa para los supuestos de crisis (*ex ap. 7*)<sup>1487</sup>. Y, en tercer lugar, en base a una interpretación histórica y sistemática de normativa de diversa naturaleza, en las que no se exige la autorización previa para la extinción del contrato por fuerza mayor<sup>1488</sup>.

En términos similares, aunque matizadamente, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA sostienen que la fuerza mayor al ser “un acontecimiento externo, independiente de la voluntad de las partes y puramente objetivo, parece que basta para extinguir el contrato de trabajo sin necesidad de un acto rescisorio, ya que éste implica una declaración de voluntad. No obstante, estimamos imprescindible una notificación”<sup>1489</sup>.

---

<sup>1485</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *El régimen jurídico del despido (II)*; *Leyes del Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, *op. cit.*, p. 51; MONTROYA MELGAR. *El despido por fuerza mayor*, *op. cit.*, p. 111; ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 192; BLASCO SEGURA. *La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo*, *op. cit.*, p. 578; FUENTES RODRÍGUEZ. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 157 y 158; y GARCÍA FERNÁNDEZ ET ALTRI. *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *op. cit.*, p. 475 y 476.

<sup>1486</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, *op. cit.*, p. 42. En el mismo sentido, BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 47 y 48; SAGARDOY BENGOCHEA. *El despido laboral y los expedientes de crisis*, *op. cit.*, nota 1, p. 194.

<sup>1487</sup> En el mismo sentido, DE LA VILLA GIL. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 133 y ss.

<sup>1488</sup> El DCr’35, el Reglamento de Mutualismo Laboral y Ley de Bases de Trabajo de la Marina Mercante. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 166 y ss.

<sup>1489</sup> BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 560; En términos similares, DEL PESO Y CALVO sostiene que la autorización administrativa previa es más favorable, salvo los supuestos de fuerza mayor que no ofrezcan duda “ni teórica ni real de clase alguna”. DEL PESO Y CALVO. *La fuerza Mayor Propia*, *op. cit.*, p. 100. Y, DE LA VILLA GIL – analizando el *factum principis* – afirma que el empresario “debe proceder a notificar a los trabajadores la extinción del contrato de trabajo celebrado con ellos”, sin que pueda afirmarse, en sentido

Finalmente, la jurisprudencia parece decantarse por la naturaleza extintiva *per se* de la imposibilidad objetiva. La STS 22 de febrero 1967<sup>1490</sup> declara que “así como para la cesación de las actividades de las empresas, genéricamente hace falta autorización de los organismos competentes para los casos concreta y específicamente enumerados en el apartado sexto del art. 76 de la Ley del Contrato de Trabajo, no se necesita tal requisito, basta con que se dé la circunstancia de la fuerza mayor que en él se describe para que se estime justa causa de extinción del contrato de trabajo”<sup>1491</sup>.

Aunque en la práctica, a pesar de que teóricamente la autorización administrativa no es preceptiva, en muchas ocasiones es preciso comprobar la efectiva imposibilidad de la prestación laboral, en cuyo caso el empresario o bien procede a la extinción de los contratos sin incoar el expediente resolviendo la Magistratura de Trabajo acerca de la idoneidad de la decisión adoptada, a instancia de la demanda de los trabajadores (con los riesgos que ello implica) o bien decide evitar tales riesgos y decide acudir al expediente administrativo conforme a lo dispuesto en el DCr’44<sup>1492</sup>. En cualquier caso, en la práctica administrativa, al igual que en los supuestos de muerte o incapacidad del empresario o extinción de la personalidad contratante, las Empresas solicitan la autorización previa<sup>1493</sup>.

Autorización que, posteriormente, parece quedar descartada, en virtud de los arts. 7 y 8 DPE’72, al estar referida dicha autorización exclusivamente a los supuestos de crisis

---

técnico jurídico, que “exista un acto de despido” y por lo tanto ni es preciso el cumplimiento de las formalidades exigidas para el despido, ni tampoco, la decisión del empleador debe ir precedida por la solicitud de autorización a la Autoridad Laboral. **DE LA VILLA GIL**. *El ‘factum principis’*, *op. cit.*, p. 123 y 124.

<sup>1490</sup> Ar. 1484.

<sup>1491</sup> En términos similares, SSTCT 30 de junio 1965, 28 de enero 1966 y 21 de febrero 1968, *cit.* **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto*, *op. cit.*, p. 76 y 77.

<sup>1492</sup> Opinión de BAYÓN CHACÓN recogida en **DEL PESO Y CALVO**. *La fuerza Mayor Propia*, *op. cit.*, p. 99 y 100

<sup>1493</sup> **BARRIONUEVO PEÑA**. *La nueva regulación de los expedientes de crisis*, *op. cit.*, p. 73 y 74. En efecto, la doctrina discutía si la autorización administrativa era necesaria cuando, en caso de muerte o incapacidad, el sucesor o el representante legal decidía no continuar con la actividad laboral (art. 76.4 LCT’44). **PÉREZ LEÑERO** afirma que la autorización administrativa abarca a todas las suspensiones o ceses de las relaciones laborales motivadas por cualquier circunstancia. **PÉREZ LEÑERO**. *Instituciones del derecho español del trabajo*, *op. cit.*, p. 243. En términos similares, **BENÍTEZ DE LUGO**. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 42; **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), *op. cit.*, p. 248 y 249; **GUILARTE**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 302 y 303. En cambio, **ALONSO GARCÍA**, **DE LA VILLA** y **SUÁREZ GONZÁLEZ** entienden que no. **ALONSO GARCÍA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 541; **DE LA VILLA**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 132 y ss; y **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 186. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**, comparten esta opinión, porque afirman que el único medio para evitar que el heredero tenga que cargar con una explotación que no le interesa es renunciar a la herencia en bloque, pues es posible que una vez aceptada la administración no le otorgue la autorización y se vea obligado a proseguir con la actividad. Solución que califican de *ilógica y contraria al principio de libertad de profesión que consagran los textos constitucionales*. **BAYÓN CHACÓN** y **PÉREZ BOTIJA**. *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 575 y 576. Por su parte, **ALONSO OLEA**, aunque no lo trata directamente, parece extender la necesidad de la autorización previa a estos supuestos, dado que afirma, aunque sin excesiva firmeza, que “no sólo los *despidos* colectivos fundados en crisis han de estar autorizados previamente, sino también los fundados en cualesquiera otras causas de fuerza mayor y, si se nos apura mucho, cualquiera tipos, fundados en cualesquiera causas, de *despidos* colectivos” [la cursiva es nuestra]. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 61. Aunque, en la práctica administrativa las Empresas venían solicitando la autorización administrativa con carácter previo. Opción posible, si tenemos en cuenta que el DCr’44 no limita las causas que hacen necesaria la intervención de la Autoridad Laboral. **BARRIONUEVO PEÑA**. *La nueva regulación de los expedientes de crisis*, *op. cit.*, p. 73 y 74.

tecnológica y económica<sup>1494</sup>. Aunque por poco tiempo, pues, siguiendo el planteamiento de BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, el art. 20 LRL<sup>76</sup> supedita la extinción o la suspensión por fuerza mayor al *reconocimiento* de dicha situación por la Autoridad Laboral, mediante el oportuno expediente de regulación de empleo. Criterio que permanecerá hasta nuestros días (arts. 51.1 ET<sup>80</sup> y 51.12 TRET).

Por consiguiente, dada las particularidades de la prestación empresarial y sin que ello suponga negar la eficacia extintiva automática de la imposibilidad objetiva, puede afirmarse que esta intervención administrativa previa responde a la voluntad del Legislador de comprobar con carácter anticipado y de un modo efectivo el efecto imposibilitante *definitivo* del hecho obstativo<sup>1495</sup>. Por otra parte, en estrecha vinculación con esta intervención previa, conviene apuntar que, si se tienen en cuenta las dificultades de hallar en la práctica una distinción precisa entre la imposibilidad objetiva y la excesiva onerosidad, y su repercusión para la estabilidad en el empleo, es fácil advertir que, desde la perspectiva de la política legislativa, se opte por

---

<sup>1494</sup> Planteamiento corroborado por la doctrina jurisprudencial. Así, las SSTs 2 de febrero, 3 de abril 1973 (Ar. 4824 y 1567); y 6 de diciembre 1974 (Ar. 5258) – *cit.* **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 95 – declaran que en los supuestos de fuerza mayor, la extinción de los contratos de trabajo se produce automáticamente, sin necesidad de solicitar autorización administrativa. No obstante, la STS 24 de septiembre 1973 (Ar. 4886) – *cit.* **ORTIZ LALLANA**, *op. cit.*, p. 96 – en base a que la exposición de motivos del DPE<sup>72</sup> establece que regula las “garantías aplicables en los casos de extinción, suspensión o modificación de la relación laboral, fundadas en causas tecnológicas o económicas, en base a lo que determina el artículo 76, causas 4ª, 6ª y 7ª de la LCT”, entiende que la tramitación del expediente de crisis en preciso no sólo en los supuestos de crisis económica y fuerza mayor, sino también en los de muerte, incapacidades y jubilación del empresario. *Vel.* también al respecto, **BARRIONUEVO PEÑA**. *Fuerza Mayor y expedientes de crisis*. En Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1977, p. 446, 454 y 455; **DEL PESO CALVO**. *La fuerza mayor en general, como causa de extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980), Madrid, 1981, p. 394 y ss.; y **VALLEJO MUGURUZA**. *La fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo, especialmente en el Estatuto de los Trabajadores*. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *op. cit.*, p. 462 a 467.

<sup>1495</sup> A pesar de que son ciertamente escasos los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales han tenido ocasión de enjuiciar si efectivamente ha existido un supuesto de resolución por imposibilidad objetiva sobrevenida, lo cierto es que es posible identificar estas dificultades de apreciación (como dato, del total de expedientes autorizados en el año 2005 – 3977 -, el 19’80 % se alegó la existencia de fuerza mayor – 788. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tabla REG-20 ([www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/BEL/REG/Index.htm)). A continuación, un botón de muestra. Por ejemplo, la doctrina judicial ha estimado que la declaración de ruina del edificio donde el empresario tenía el local arrendado constituye un supuesto de fuerza mayor (STSJ Andalucía\Sevilla 1 de marzo 2002, AS 2612). También se califica como un supuesto de fuerza mayor, el cierre de una cafetería a causa de las obras de remodelación que se están realizando en el hospital donde se ubica, pues, aunque en el pliego de condiciones se especificara la posibilidad de que la cafetería pudiera tenerse que ubicar en otro lugar del complejo hospitalario o que se redujeran sus dimensiones, no se prevé su posible cierre a consecuencia de las obras. STSJ [C-A] Murcia 30 de noviembre 1999 (JUR 2000\12591). Concretamente, el pliego de condiciones establece que “Por estar afectado el conjunto de los edificios que integran el Hospital de la Seguridad Social ‘Virgen de la Arrixaca’, de obras de ampliación y remodelación, el concursante acepta de antemano, que los locales donde están ubicadas actualmente las Cafeterías de Público y de Personal, puedan sufrir modificaciones en su capacidad o ser trasladadas a otro lugar del Hospital, distinto del que ocupan actualmente, como asimismo acepta y colabora en las tareas y molestias que supongan la realización de obras del tipo y envergadura de las que se van a realizar, puesto que durante la realización de las mismas, el Hospital no interrumpirá su asistencia, comprometiéndose el concursante y aceptando por la presente contratación, con las alteraciones que afecten a los locales de las Cafeterías”. Circunstancia que, no obstante, probablemente hubiera podido reconducirse a la suspensión contractual, dada la previsible temporalidad de las obras.

incrementar las cautelas para asegurarse de la efectiva presencia de un hecho imposibilitante con efectos extintivos.

Pues, bien el art. 51.1 ET'80, siguiendo el planteamiento de su precedente (art. 20 LRL'76<sup>1496</sup>), establece que “la existencia de fuerza mayor, para que produzca la extinción de las relaciones de trabajo, habrá de ser *constatada* por la autoridad competente”<sup>1497</sup>. Y, en la misma línea, el art. 51.12 TRET establece que “la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la Autoridad Laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado”<sup>1498</sup>.

Para un sector de la doctrina es la “constatación” de la fuerza mayor por la Autoridad Laboral lo que legitima al empresario para que él mismo realice los *despidos* autorizados. Pero, no sólo eso, pues, se asevera que la resolución administrativa lo que hace es “otorgar al empresario una causa válida que debe ser actualizada por su voluntad”, pudiendo incluso escoger la fecha que estime una fecha posterior a la del hecho imposibilitante<sup>1499</sup>.

Planteamiento que no puede aceptarse, pues, verificado el hecho obstativo y la desaparición del objeto del contrato y, por ende, la *imposibilidad* de la relación (esto es, su ineficacia), no parece admisible que sea el empresario el que en último término tenga que decidir si extingue un contrato (que ya no existe) y, en su caso, qué momento es el más

---

<sup>1496</sup> Art. 20 LRL'76: “La imposibilidad de trabajar en la empresa sobrevenida como consecuencia de fuerza mayor, reconocida por la autoridad laboral, mediante expediente de regulación de empleo, constituye causa de extinción o, en su caso, de suspensión de la relación de trabajo”.

<sup>1497</sup> En términos similares, el art. 6.1 REMSE'80 especifica que “A los efectos que establece el artículo cincuenta y uno del Estatuto de los trabajadores, es autoridad competente para constatar la existencia de fuerza mayor, con virtualidad para extinguir las relaciones de trabajo, el Delegado de Trabajo de la provincia donde se hubiesen producido el hecho o los hechos constitutivos de fuerza mayor, que imposibiliten definitivamente la prestación de trabajo, y si se hubiesen originado en dos o más provincias, la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo”.

<sup>1498</sup> En términos similares, el art. 49.1.h) TRET establece que el contrato de trabajo se extinguirá, por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley”. Y, el art. 17 RPRE'96 dispone que “la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la Autoridad Laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este Capítulo”.

Para un sector de la doctrina, que rechaza la idoneidad de la administración previa en estos supuestos extintivos (en base a la eficacia extintiva automática de la imposibilidad objetiva), se afirma que la redacción actual debe ser criticada por incurrir en un eufemismo, pues, pese a que se emplea la expresión “constatada”, en vez de “autorización”, en el sentido de verificación del hecho obstativo, lo cierto es que, en realidad, “la autoridad laboral puede autorizar o no, y en definitiva está sustituyendo la virtualidad del hecho mismo que causa la imposibilidad por la decisión administrativa”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 163 y 164; y *La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 257 y 258.

<sup>1499</sup> **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 209; **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 218; **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 183 y 187; y **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 276 (aunque la doctrina judicial que aporta para justificar el carácter no vinculante de la decisión administrativa – SSTSJ Castilla La Mancha 18 de marzo 1997, AS 1174; Navarra 15 de noviembre 1999, AS 3647; y Galicia 23 de septiembre 1998, AS 3647 - está referida a supuestos de suspensión contractual por excesiva onerosidad).



propicio<sup>1500</sup>. Recuérdese que, mientras que en los supuestos de excesiva onerosidad la prestación es posible y que nada obsta que las partes adopten un compromiso contractual en virtud del cual se exija el cumplimiento de la prestación a pesar de todo, un compromiso análogo no puede asumirse para una imposibilidad objetiva (PINO), porque el objeto del contrato ha dejado de ser válido, y, por ende, fuera del comercio de los hombres.

Por otra parte, de la literalidad del art. 51.12 TRET no parece desprenderse el reconocimiento de tal facultad al empresario, pues, sólo se habla de que “la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo”, y no de “la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora *que faculta al empresario* a la extinción de los contratos de trabajo”.

Por consiguiente, para concluir, más allá de las cautelas derivadas de la propia configuración de la prestación empresarial (previstas en aras a la estabilidad en el empleo), parece claro que el párrafo 12 del art. 51 TRET viene a explicitar una obviedad, pues, está claro que si se constata que el objeto del contrato resulta imposible, el hecho sobrevenido (la fuerza mayor imposibilitante) se erige en “una causa motivadora de la extinción de los contratos”. Sin que pueda admitirse que el art. 51.12 TRET disponga que la extinción del contrato está supeditada a la voluntad empresarial<sup>1501</sup>.

#### ***6.1.1.1.2.- Las teorías objetiva y subjetiva de la imposibilidad objetiva y sus efectos en la estabilidad en el contrato.***

Como se sabe, largamente se ha discutido acerca de si debía realizarse un tratamiento uniforme de la imposibilidad objetiva, o bien, cabía establecer una distinción entre la fuerza

---

<sup>1500</sup> De hecho, DEL PESO CALVO afirma que “la fuerza mayor no puede ser considerada nunca como un tipo de despido al modo clásico, pues en tanto que en éste la relación laboral se extingue por la voluntad unilateral del empresario, en la fuerza mayor la extinción del contrato se ocasiona por una imposibilidad real, ajena a las partes, de cumplir la prestación contractual, imposibilidad que no se produce en el despido, siempre hablando en términos generales”. DEL PESO Y CALVO. *La fuerza Mayor Propia*, op. cit., p. 83. Por este motivo parece que sería más adecuado entender, siguiendo a ORTIZ LALLANA, que “si bien la constatación se impone como una *conditio legis*, en el sentido de que sin ella, la extinción de los contratos laborales deviene nula (...), en ningún caso puede decirse que la misma alcance efectos constitutivos, limitándose, en todo caso, a verificar algo que ya existía y declarando la propia existencia de la fuerza mayor (...)”, por lo que tiene “un efecto declarativo (...) a través del cual se adquiere por la Administración la certeza de que tal evento se ha producido, siendo esta producción independiente de su declaración”. ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 160.

<sup>1501</sup> Para la STSJ Madrid 18 de febrero 1999 (AS 183), si la empresa ha manifestado en sus sucesivas comunicaciones a los trabajadores que ha instado un expediente para la suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor (incendio de una cafetería), y la autoridad laboral constata la existencia de una imposibilidad objetiva temporal, debe entenderse que con la “autorización”, los contratos quedan en suspenso, sin que sea necesario que la empresa proceda a una nueva comunicación a los trabajadores, pues, si bien “es cierto que la resolución se dicta después de que la empresa ha efectuado esas manifestaciones, pero dicho acto administrativo tiene efectos retroactivos desde el hecho causante de la fuerza mayor (en virtud de lo dispuesto en el art. 51.12 Estatuto de los Trabajadores), y habiendo sido en todo momento clara su voluntad de suspender las relaciones laborales, razonablemente debe entenderse que la empresa consideró ratificado su propósito por la autorización concedida”.

mayor y el caso fortuito<sup>1502</sup>. A pesar de que la doctrina civil admite haber superado esta discusión<sup>1503</sup>, lo cierto es que en el Derecho del Trabajo parecen mantenerse posturas que implícitamente cobijan tal distinción<sup>1504</sup>.

Como se sabe, la definición de la fuerza mayor y del caso fortuito puede enfocarse desde varias perspectivas, pudiéndose identificar dos posicionamientos paradigmáticos<sup>1505</sup>: la *teoría subjetiva* y la *teoría objetiva*. Teorías que, conviene no olvidar, son de origen doctrinal y jurisprudencial, por lo que, aunque establezcan criterios de diferenciación entre la fuerza mayor y el caso fortuito, “no pueden imponer criterios de definición ya que éstos los estableció el Legislador en el artículo 1105 del Código Civil”<sup>1506</sup>.

Para la *teoría subjetiva*, la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor reside en un criterio de imprevisión e imposibilidad. Así, para determinar el caso fortuito basta un hecho que no se hubiera podido prever, mientras que fuerza mayor es el suceso que previsto, no se hubiera podido evitar (hecho irresistible). En cambio, para la *teoría objetiva* la distinción debe trazarse en función de la procedencia interna (en términos de pertenencia al círculo de actividad empresarial o industrial) o externa del evento: si es interior da lugar a un supuesto de caso fortuito; si es exterior se trata de un caso de fuerza mayor<sup>1507</sup>.

---

<sup>1502</sup> Vid. al respecto, entre otros, **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 88 y ss; **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 53 a 55; y **VALLEJO MUGURUZA**. *La fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo, especialmente en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 459 a 461.

<sup>1503</sup> Para **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**, la búsqueda de criterios diferenciadores entre la fuerza mayor y el caso fortuito es una tarea estéril, dando pie a una discusión bizantina, debiéndose entender que “el caso fortuito y la fuerza mayor deben ser integrados en una expresión más amplia, cual es la del incumplimiento de la obligación por una imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor”. De tal modo que, “lo verdaderamente importante no es la forma de denominar este supuesto, sino el hecho de que real y verdaderamente el deudor se encuentre absolutamente imposibilitado de cumplir con la prestación por hechos, circunstancias o eventos que le son extraños y ajenos”. **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 110 y 129. Vid. también al respecto, recogiendo el parecer de la doctrina mayoritaria civil, **DE LA VILLA GIL**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, op. cit., nota 19, p. 275; **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 102 a 104; **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 177; y **PUIG BRUTAU**. *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 435 a 438.

<sup>1504</sup> Aunque algún sector de la doctrina laboral afirma la inaceptabilidad de la distinción, como géneros diversos, entre fuerza mayor y caso fortuito, tratándose de una distinción diáfana. **DE LA VILLA GIL**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, op. cit., p. 275 y 276; y *El ‘jactum principis’*, op. cit., nota 17, p. 112; y **VIDA SORIA**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 185.

<sup>1505</sup> Siguiendo a **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ** también cabe distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor en base al origen o causa del hecho impeditivo; bien en base a si el resultado del evento incide sobre la prestación o sobre la persona del deudor; o bien, según la gravedad del suceso. **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 90 a 92 y 98.

<sup>1506</sup> STS 22 de diciembre 1997 (RJ 1998\737).

<sup>1507</sup> Una breve distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito según la teoría objetiva, en base a la legislación de accidentes de trabajo (en concreto, la TRAT<sup>32</sup> – vid. al respecto *supra*), citando a **ALARCÓN Y HORCAS**, en **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, op. cit., p. 289 y 290; y **GARCÍA OVIEDO**. *Tratado Elemental de Derecho Social* (1934), op. cit., p. 283 y ss.;

Para **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS** se trata de la posición más correcta, aunque puntualiza que esta conocida teoría de **EXNER**, no se basaba en consideraciones de círculo de riesgo, sino en sospechas típicas de la culpa, pues, en “el interior de una empresa el deudor domina el riesgo y, sobre todo, la posibilidad de manipular las pruebas que lo puedan servir para exonerarse”. **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 127 y 128.

El Legislador, en ocasiones puntuales, también ha acogido de un modo explícito la teoría objetiva<sup>1508</sup>; y, más allá de estos supuestos positivizados, tiene una predicación bastante extendida en la doctrina<sup>1509</sup>, la jurisprudencia<sup>1510</sup> y la doctrina judicial<sup>1511</sup>. Ahora bien, la cuestión está en determinar si en el Derecho sustantivo laboral existe algún precepto que implícitamente cubre esta concepción *objetiva* de la imposibilidad objetiva. Un sector de la doctrina<sup>1512</sup> y de la doctrina judicial<sup>1513</sup> entiende que el análisis de la imposibilidad objetiva como causa de ineficacia contractual debe complementarse con lo previsto en el art. 30 TRET<sup>1514</sup>. Se entiende que, a partir de la construcción objetiva de la imposibilidad objetiva, dicho precepto extiende la responsabilidad empresarial a los supuestos de caso fortuito, esto es, a aquellas circunstancias que pertenecen a la esfera de riesgo del empresario. Si bien es cierto que esta discusión se acostumbra plantear respecto del deber empresarial de abonar o no el salario ante hechos imposibilitantes de poca duración, en el trasfondo subyace una cuestión de mayor alcance.

En efecto, desde un punto de vista conceptual, el alcance de esta interpretación es que, si el art. 30 TRET es aplicable a los supuestos de caso fortuito, consecuentemente, en tanto que

---

<sup>1508</sup> Como recoge la STS 22 de diciembre 1997 (RJ 1998\737) el Legislador en algunos supuestos ha optado explícitamente por la teoría objetiva, como por ejemplo, “el artículo 6.º de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria de 8 octubre 1932, o en el artículo 6.º del Texto Refundido de dicha legislación, aprobado por el Decreto 22 junio 1956, o en el artículo 84 del Texto Articulado Primero de la Ley General de la Seguridad Social o en el 115 del Texto vigente, así como en el ámbito de conducción de vehículos de motor que se inicia en la Ley 24 diciembre 1962, atiende respectivamente a la fuerza mayor, extraña al trabajo o a la conducción”.

Por otra parte, a nuestro entender, como se ha tratado de justificar al analizar la realidad normativa republicana, no puede aceptarse que la LJMT<sup>31</sup> estableciera un supuesto de imposibilidad objetiva en base a la teoría objetiva porque, en primer lugar, si atendemos a las circunstancias enumeradas en el art. 8 LJMT<sup>31</sup>, no puede afirmarse que sólo se refiera a hechos calificables como pertenecientes al círculo de actividad empresarial o industrial. (ámbito interno del contrato y por lo tanto caso fortuito), dado que hace referencia a “accidentes atmosféricos” y “estado del mar”. Y, en segundo lugar, porque cabría defender que la LJMT<sup>31</sup> debía entenderse que quedaba formalmente derogada con la promulgación de la LCT<sup>31</sup> (aunque como se sabe, su vigencia se prolongó hasta la promulgación del Decreto 2001/1983, 28 de julio, sobre la regulación de la Jornada de Trabajo, Jornadas Especiales y Descansos.

<sup>1509</sup> **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 205; **LÓPEZ GÓMEZ**. *Las causas económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 49.

<sup>1510</sup> SSTS [C-A] 8 de marzo 2002 (RJ 4671) – que cita las SSTS [C-A] 25 de julio 1989 (RJ 5629); 7 de marzo 1995 (RJ 2357); 10 de febrero 1997 (RJ 966); 3 de marzo y 19 de junio 1998 (RJ 2304 y 5039). Y la STS 22 de diciembre 1997 (RJ 1998\737) - que cita las SSTS [C-A] 2 de febrero 1980 (RJ 743); 4 de marzo 1981 (RJ 894); 25 de junio 1982 (RJ 4852); 7 de junio, 28 de septiembre, y 3 y 10 de noviembre 1988 (RJ 4535, 6944, 8628 y 8682); 3 de octubre 1994 (RJ 17511).

<sup>1511</sup> SSTSJ Andalucía (Granada) 1 de octubre 2002 (AS 4146); y (Málaga) 15 de septiembre 2000 (AS 3508).

<sup>1512</sup> **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, op. cit., p. 68. **PÉREZ BOTIJA**, comentando el art. 47 LCT<sup>44</sup> – muy similar al art. 37 LCT<sup>31</sup> - desde el enfoque de las teorías objetiva del caso fortuito y de la fuerza mayor, integra en el supuesto de hecho no sólo “cualquier otra circunstancia imputable al empresario”, sino también las “causas económicas derivadas del riesgo de la producción”. **PÉREZ BOTIJA**. *El contrato de trabajo*, op. cit., p. 148. En términos similares – en relación al art. 30 TRET-, **SOLÀ MONELLS**. *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, op. cit., p. 568 y 569; **ALAMEDA CASTILLO**. *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*, op. cit., p. 92 y ss.; **CAVAS MARTÍNEZ** y **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**. *La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor*, op. cit., p. 66; **GUANCHE MARRERO**. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*, op. cit., p. 51 a 53; y **LÓPEZ GANDÍA**. *Las horas recuperatorias por fuerza mayor*. RL 1988 - I, p. 431; **SEMPERE NAVARRO**. *La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET*. ASoc nº 9, 2001, versión digital (BIB 2001\988).

<sup>1513</sup> En la doctrina judicial, SSTSJ Cataluña 5 de mayo 1999 (AS 2552); Murcia 10 de marzo 1993 (AS 1569); País Vasco 30 de marzo 1993 (AS 1385).

<sup>1514</sup> Un análisis del origen de esta interpretación en, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 62 y ss.

el precepto exige la continuidad de la relación laboral, debe colegirse que el contrato no queda extinguido en el momento que se perfecciona (o, al menos, debe preverse una moratoria de su capacidad para provocar la ineficacia del contrato – una modalidad de suspensión del contrato, en definitiva). Por tanto, se trataría de fortalecer el *favor negotii*.

En concreto, se afirma que la referencia que el art. 30 TRET hace a “cualquier otra circunstancia imputable al empresario y no al trabajador”, ha de ser entendida como “circunstancias imputables a la empresa”, derivadas del riesgo normal de su funcionamiento y, por lo tanto, sin que sea exigible la concurrencia de culpa o dolo del empresario<sup>1515</sup>. Por consiguiente, la imposibilidad objetiva es susceptible de suspender o extinguir el contrato (arts. 47.2, 49.1.h y 51.12 TRET) cuando se refiera a circunstancias que no pertenecen a dicha esfera de riesgo<sup>1516</sup>.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la literalidad de la norma no permite hacer una interpretación en este sentido, ni mucho menos. A pesar de que con ello se debilite la estabilidad en el empleo. No existe anclaje positivo alguno que permita afirmar que la imposibilidad objetiva, como supuesto de ineficacia contractual recogida en los arts. 47.2, 49.1.h) y 51.12 TRET, únicamente esté referida a supuestos de fuerza mayor desde la perspectiva de la teoría objetiva. Esto es, siguiendo el planteamiento de DE LA VILLA GIL, las hipótesis contenidas en la causa de ineficacia contenida en los citados artículos no pueden ser consideradas, en general, en el total de aquélla, ni como supuestos de caso fortuito ni como supuestos de fuerza mayor<sup>1517</sup>. Conclusión que se alcanza a partir de los siguientes argumentos.

En primer lugar, el art. 30 TRET sólo habla del “empresario” y no de la “empresa”. En segundo lugar, el mencionado precepto se refiere a “impedimento” y no a “imposibilidad”. Basta acudir al Diccionario de la Real Academia Española para constatar que ambos términos no son sinónimos (respectivamente, “obstáculo, embarazo, estorbo para algo”; y “falta de posibilidad para existir o hacer algo”). Conviene tener presente que el mencionado artículo, así como sus precedentes – arts. 37 LCT<sup>31</sup> y 47 LCT<sup>44</sup> –, recogen única y exclusivamente un

---

<sup>1515</sup> **RODRÍGUEZ-SAÑUDO**. *Interrupciones de la actividad de la empresa y derecho al salario*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>1516</sup> Así, para la STSJ Cataluña 5 de mayo 1999 (AS 2552), la ausencia de materias primas (no imputable al empresario “sino a un exceso exportador y saturación de las capacidades de transporte marítimo desde Asia”) en una empresa organizada con un sistema de trabajo de conocido como “just in time”, no puede calificarse como un supuesto de fuerza mayor, pues, si bien “fue imprevisto, sí era previsible y evitable con un sistema de stocks diferente”. Sin perjuicio, de la crítica que pueda vertirse al hecho de que el Tribunal determine el modo cómo la empresa debe organizar su sistema de trabajo, lo curioso es que se afirma que no cabe suspender los contratos, obligando al empresario a abonar los salarios, porque “los hechos que dieron lugar al presente conflicto no pueden en ningún caso atribuirse a los trabajadores, pues la imposibilidad de la prestación de servicios no obedecía a causa a ellos imputable, por lo que ha de serles aplicado el art. 30 TRET que mantiene su derecho al salario sin compensación alguna”. Esto es, según dicho pronunciamiento, el supuesto de hecho del art. 30 TRET se da en los supuestos de inimputabilidad no del empresario, sino de los trabajadores. En definitiva, según esta interpretación, incluso en los supuestos de fuerza mayor entendida según la teoría objetiva, el empresario también debería seguir abonando los salarios, porque, parafraseando la sentencia comentada, “la imposibilidad de la prestación de servicios no obedecía a causa a ellos imputable”.

<sup>1517</sup> **DE LA VILLA GIL**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 276.

supuesto de *mora accipiendi*, y no un supuesto de caso fortuito conforme a la teoría objetiva. Corroborada esta interpretación el hecho de que el art. 37 LCT<sup>31</sup> tiene su origen en la regulación de la suspensión de la relación de trabajo según el art. 92 LCT<sup>31</sup>, cuyo elemento definidor fundamental es la inimputabilidad (entendida como falta de culpa) del empresario. Incluso, aunque el término ‘impedimento’ incluyera los supuestos de caso fortuito según la teoría objetiva, esta construcción presentaría una contradicción, a nuestro entender, insalvable. La ‘imputabilidad’ contenida en el art. 30 TRET, sin mayores precisiones, no puede *ser y no ser* a la vez, esto es, significar simultáneamente culpabilidad (para la mora) y no culpabilidad (para el caso fortuito)<sup>1518</sup>.

En definitiva, el art. 30 TRET – al igual que sus precedentes - está recogiendo únicamente un supuesto de *mora accipiendi*, esto es, un supuesto de retraso culpable en el cumplimiento de la prestación debida, quedando fuera del precepto los supuestos de imposibilidad objetiva<sup>1519</sup>. En consecuencia, debe entenderse que la imposibilidad objetiva como supuesto de ineficacia contractual sobrevenida, se refiere a la fuerza mayor y al caso fortuito.

#### ***6.1.1.2.- Procedimentalización de la extinción del contrato por imposibilidad objetiva como reacción a la ‘particular’ incidencia de la imposibilidad objetiva en la prestación empresarial.***

La canalización de este supuesto extintivo a la previa autorización administrativa tiene una doble finalidad. En primer lugar, reiterando que ello no debe interpretarse como una negación de la naturaleza extintiva automática de la imposibilidad objetiva, el trámite de la intervención previa trata de dar respuesta a las particularidades de este supuesto de ineficacia contractual. En efecto, dados los contornos difusos de los efectos extintivos de la imposibilidad objetiva cuando se trata de un empresario persona jurídica, parece del todo justificado que se prevea un mecanismo jurídico creado con el propósito de evaluar el efecto extintivo del hecho obstativo (1-.)<sup>1520</sup>. En segundo lugar, la intervención previa de la Administración no se

---

<sup>1518</sup> Circunscribiendo estrictamente la “imputabilidad”, *ex* art. 30 TRET, a los supuestos de culpabilidad, *vid.* STCT de 9 febrero 1989 (La Ley JURIS 1119030/1989); y STS de 20 junio 1995 (RJ 5360). De hecho, para la STS 5 de marzo 1984 (RJ 1516) el elemento básico y esencial para que la responsabilidad *ex* art. 30 ET’80 alcance al empresario es que sea imputable.

<sup>1519</sup> *Cfr.* RIVERO LAMAS. *Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español*, *op. cit.*, p. 203; y *Tipificación y estructura del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 178; ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 60 a 62; y ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 367 y 368.

<sup>1520</sup> No obstante, para el sector de la doctrina que defiende el efecto extintivo automático de la imposibilidad objetiva esta previsión no tiene sentido. En concreto, SUÁREZ GONZÁLEZ afirma que “la lógica jurídica debiera seguir estando inspirada en el principio de que ‘el deudor quedará liberado en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible’, y en la consiguiente deducción de que nadie mejor que el juez

circunscribe a “constatar” esta circunstancia, sino que también tiene atribuido un ámbito decisorio discrecional de extraordinario alcance. En concreto, la Administración puede alterar sensiblemente los criterios de imputación de la responsabilidad, dado que puede decidir quién debe sufragar, en primera instancia, los costes derivados de la extinción del contrato. Aspecto fundamental ya que trata de favorecer la pronta compensación del trabajador y así reducir los perjuicios derivados por la extinción sobrevenida del contrato (2.-).

Veamos a continuación los detalles de cada una de estas cuestiones brevemente descritas.

1.- En términos generales, el procedimiento de extinción por imposibilidad objetiva sigue las pautas del previsto para los ERE por causas de empresa. Sin embargo, conviene advertir que, con el propósito de adaptarlo a las particularidades de este supuesto extintivo, el Legislador ha obviado algunos aspectos, a nuestro entender, de extraordinario alcance.

El RPRE'96 establece diferencias sustanciales con respecto al previsto para los supuestos de resolución por excesiva onerosidad provocada por las denominadas “causas de empresa”. En síntesis, se establece un procedimiento abreviado. A partir del esquema seguido para el análisis del ERE por causas de empresa, el procedimiento de regulación de empleo para instar la resolución por imposibilidad objetiva puede diseccionarse en tres fases: la “fase de iniciación” (i.-), que integra la comunicación a los representantes de los trabajadores, la presentación ante la Autoridad Laboral y, en su caso, la fase de subsanación; la “fase de instrucción” (ii.-), que se concreta, en una serie de actuaciones de la Autoridad Laboral con el fin de determinar, conocer y comprobar los datos que basarán su resolución; y, finalmente, la “fase de decisión” (iii.-), que se plasma en la emisión de la resolución administrativa.

Régimen que bascula sobre el apercibimiento de que en caso de incumplimiento de este trámite administrativo, deberá declararse la nulidad de la extinción de oficio o a instancia de parte, obligando al empresario a la inmediata readmisión de los trabajadores afectados y al abono de los salarios dejados de percibir (arts. 124 y 113 TRLPL)<sup>1521</sup>.

---

para entender si al invocar la imposibilidad el empresario se ha extralimitado”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 164. Régimen, que como apunta **ALBIOL MONTESINOS**, ha provocado que “en el ordenamiento laboral, se [efectúe] una inversión de la doctrina civil de los riesgos, al necesitarse la constatación de la existencia de fuerza mayor por parte de la autoridad laboral, eliminándose así el juego automático de la fuerza mayor (arts. 1105 y 1114 CC)”. **ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI**. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, *op. cit.*, 1999, p. 743.

<sup>1521</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 1 de marzo 2002 (AS 2612). Para la STSJ Extremadura 10 de enero 2006 (AS 11), si en la comunicación dirigida a los trabajadores se informa del inicio del expediente de Extinción de contratos por fuerza mayor, “significándoles que la indemnización por la extinción del contrato por fuerza mayor le será puesta a disposición una vez que la autoridad laboral autorice la citada resolución”, constituye un “hecho revelador de la inequívoca intención de la empresa de poner fin a la resolución laboral, ya que no se limita a comunicar a los trabajadores la solicitud del ERE ante la autoridad laboral o la temporalidad de la situación, sino el momento en que se les abonaría la indemnización, lo que implica que la empresa daba por terminadas las relaciones laborales. Y el art. 51.12 del ET establece claramente que la existencia de fuerza mayor deberá estar constatada por la autoridad laboral, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado”.

No obstante, en algún caso de fuerza mayor (un supuesto de cierre de un bar por declaración de ruina del edificio en el que se encuentra), pese a que el empresario ha procedido a la extinción del contrato sin cumplir con el trámite

En un primer nivel de análisis, este procedimiento, en comparación con el ERE por excesiva onerosidad, destaca principalmente por la eliminación de la fase de negociación con los representantes de los trabajadores. Lo que, en un primer nivel de análisis, podría interpretarse como una consecuencia lógica, tratándose de un supuesto de ineficacia contractual por imposibilidad objetiva, pues, no sólo se trata de buscar una mayor celeridad (quizás, excesiva – tal y como se prevé en la norma), sino porque normalmente en estas situaciones difícilmente es posible encontrar una alternativa a la extinción (salvo la cuestión relativa a las indemnizaciones)<sup>1522</sup>. Por otra parte, en términos generales, puede destacarse que se trata de un procedimiento sumario (la Autoridad Laboral debe resolver en 5 días, arts. 51.12.3º TRET y 19 RPRE'96) y unitario, pues, es el mismo para los supuestos suspensivos y extintivos y, además, se exige con independencia del número de efectivos de la empresa y de los afectados (arts. 47.2 TRET, 51.12.1º TRET y 17 RPRE'96).

i.- *Fase de iniciación*: el expediente se inicia mediante la solicitud del empresario dirigida a la Autoridad Laboral y la simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores (arts. 51.12.2º TRET y 18 RPRE'96), unitarios o sindicales, si los hubiera. No obstante, en tanto que el art. 51.9 TRET habla del “expediente a que se refiere este artículo”, cabe entender que los representantes de los trabajadores también están legitimados para iniciar el expediente por fuerza mayor<sup>1523</sup>.

En cuanto a la comunicación a los representantes de los trabajadores, no se trata de abrir un período de consultas, sino de poner en su conocimiento la decisión empresarial de solicitar la autorización para extinguir los contratos, pudiendo personarse como parte interesada en el expediente<sup>1524</sup>.

---

administrativa previo, se ha declarado la improcedencia, en vez de la nulidad, “conforme a la expresa petición en este sentido realizada por el actor, dado que la readmisión resulta imposible por estar cerrado el centro de trabajo”. STSJ Andalucía (Málaga) 18 de septiembre 2002 (JUR 2003\7879). En cualquier caso, convendría averiguar de qué modo han podido afectar a este régimen las recientes SSTs 31 de mayo 2006 - Caso *Hospital Clínico y Provincial de Barcelona*: rec. 4702/2004 (JUR 245397); rec. 5310/2004 (JUR 229287); rec. 2644/2005 (JUR 239464); y, rec. 3165/2005 (JUR 229228). Caso *Empresa Control System*: rec. 1763/2005 (JUR 235290). *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1522</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>1523</sup> En este sentido, **GOERLICH PESET**. *El despido colectivo*, *op. cit.*, p. 185; **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 168; y **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 218. En contra, **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>1524</sup> Siguiendo a **NORES TORRES**, el papel de los representantes de los trabajadores en este procedimiento es ciertamente limitado, pues, su participación se reduce a la recepción de la comunicación que la empresa debe hacerles de forma simultánea a la solicitud que dirige a la Autoridad Laboral. No obstante, según el citado autor, cabría forzar la interpretación y entender que tienen acceso a los medios de prueba (básicamente información y documentación) que la empresa remita a la Autoridad Laboral (interpretación que corrobora el art. 35 LRJ-PAC); además también están facultados para formular alegaciones en el procedimiento administrativo y aportar documentos u otros elementos de juicio que faciliten a la Autoridad Laboral adoptar la resolución correspondiente. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 112.

Por otra parte, de acuerdo con la STS [C-A] 29 de junio 2005 (RJ 9421), si no se cumple con el trámite de audiencia debe retrotraerse el expediente para que se cumpla *ex art.* 19 RPRE'96, pues, “al no facilitarles la audiencia la administración obtuvo una visión unilateral de la cuestión, actuación que resulta contraria al necesario principio de contradicción que rige la extinción de las relaciones laborales por cualesquiera de las causas previstas en la Ley,

Con la comunicación a la Autoridad Laboral, el empresario debe acreditar, aportando los medios de prueba que estime necesarios, que se ha producido una imposibilidad objetiva en la empresa o centro de trabajo, identificando al número de trabajadores afectados, así como que ha realizado la comunicación a los representantes de los trabajadores (art. 18 RPRE'96).

En el caso de que la Autoridad Laboral apreciara defectos en la solicitud, debe dirigirse al empresario para que los subsane en un plazo de 10 días (arts. 51.13 TRET, 71 LRJPAC y 6.3 RPRE'96)<sup>1525</sup>.

ii.- *Fase de instrucción*: Recibida la solicitud, se procede a la instrucción del procedimiento administrativo. En esta fase, la Autoridad Laboral tiene plena capacidad para solicitar los informes que estime oportunos con el fin de constatar la realidad de la imposibilidad objetiva alegada por el empresario<sup>1526</sup>. En este sentido, tiene reconocida una acentuada discrecionalidad si se compara con el régimen previsto para los supuestos de resolución por causas de empresa<sup>1527</sup>. No obstante, se entiende que debe recabar el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social e incluso solicitar un informe al INEM como entidad gestora de la prestación por desempleo, como previene el art. 9 RPRE'96<sup>1528</sup>. Si en el curso de la instrucción figuraran hechos, alegaciones y pruebas distintos a los aportados por el empresario relevantes para la resolución del expediente, debe reconocerse a los representantes de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia (arts. 51.12.3º TRET y 19.1º y 2º RPRE'96).

iii.- *Fase de resolución*: La resolución, que debe recaer en un plazo de 5 días desde la solicitud, debe ser congruente con la solicitud y motivada. Es importante destacar que la Autoridad Laboral sólo está facultada para “constatar” la existencia o no de la imposibilidad objetiva. Como se ha apuntado, pese a que la labor administrativa está circunscrita a la verificación de la existencia de un hecho obstativo, la extinción contractual está sujeta a la existencia de una autorización administrativa<sup>1529</sup>. Autorización, *sui generis*, pues, no se trata de

---

máxime en un procedimiento en que la inexistencia de período de consultas hace más necesario el cumplimiento del trámite de audiencia a fin de no provocar indefensión colocando a las partes en una situación de desigualdad. Si es cierto que efectuaron alegaciones pero, tal cual admite la administración, fue con ocasión de la interposición del recurso ordinario contra la resolución adoptando la decisión que extinguía sus relaciones laborales así como al efectuar el ulterior recurso Contencioso-Administrativo cuya sentencia ha dado lugar al presente recurso de casación”.

<sup>1525</sup> **FUENTES RODRÍGUEZ**. *El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos*, op. cit., p. 183 y 184.

<sup>1526</sup> A diferencia de los supuestos de resolución por excesiva onerosidad, se otorga a la Autoridad Laboral un papel activo y de iniciativa, con el fin de alcanzar una solución lo más rápida posible. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 218.

<sup>1527</sup> **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, op. cit., p. 217.

<sup>1528</sup> No obstante, debe entenderse que no son exigibles los plazos establecidos en el art. 9.2 RPRE'96 para la evacuación de tales informes. De todos modos, dada la celeridad que inspira todo el proceso y la complejidad que puede conllevar este tipo de situaciones, especialmente, para comprobar la naturaleza absoluta del hecho imposibilitante, es poco probable que tales informes puedan evacuarse a tiempo.

<sup>1529</sup> “Constatar significa comprobar o verificar la existencia del hecho constitutivo de fuerza mayor; su carácter concluyente frente a la temporalidad que le atribuiría mera incidencia suspensiva sobre los contratos; constatar también que sus efectos no puedan ser corregidos mediante el regular ejercicio de los poderes organizativos



valorar la razonabilidad de la medida empresarial solicitada, sino de confirmar la veracidad del efecto imposibilitante de una circunstancia sobre la prestación empresarial<sup>1530</sup>. No obstante, las particularidades derivadas de la naturaleza de la prestación empresarial hacen que la valoración del efecto imposibilitante del hecho sobrevenido no resulte una tarea sencilla, ni tampoco la determinación de la naturaleza temporal o definitiva del efecto imposibilitante sobre el objeto del contrato. A fin de cuentas, todo ello entorpece que la actividad administrativa, en la práctica<sup>1531</sup>, pueda calificarse como estrictamente reglada<sup>1532</sup>.

La resolución surte efectos desde la fecha del mismo hecho causante (arts. 51.12.3º TRET y 19.3º RPRE'96). Entendiéndose el silencio administrativo como positivo, en cuyo caso, debe solicitarse el certificado de acto presunto (art. 43.5 LRJPAC).

2.- Apartándose claramente de la lógica liberal decimonónica<sup>1533</sup>, el incumplimiento contractual basado en la imposibilidad objetiva sobrevenida no exonera al empresario del resarcimiento económico a los trabajadores, sino que está obligado a abonar la misma indemnización que la prevista para los supuestos de resolución por excesiva onerosidad motivada por causas de empresa. En definitiva, se prevé una responsabilidad empresarial por riesgo<sup>1534</sup>.

En este estadio, el planteamiento que se suscita al respecto es similar al expuesto con ocasión de la responsabilidad empresarial por la extinción del contrato por causas de empresa, por lo que, para no resultar reiterativos nos remitimos a lo expuesto. Sin embargo, se suscitan

---

empresariales (movilidad funcional, traslados, etc.), así como la ausencia de dolo o culpa en la actuación del empleador". **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 206. En esta línea, la doctrina judicial habla abiertamente de que la Autoridad Laboral debe "autorizar" las extinciones contractuales en los supuestos de fuerza mayor, STSJ Castilla La Mancha 15 de diciembre 1997 (AS 4957).

<sup>1530</sup> Para **ORTIZ LALLANA**, que sigue el planteamiento de **ALESSI**, "la actividad llevada a cabo por la administración, en relación con el hecho causante de fuerza mayor, puede encuadrarse dentro de los acuerdos declarativos, consistentes en la comprobación de hecho o situaciones jurídicamente relevante, con eficacia meramente declarativa de la existencia de la relación jurídica que el texto legal atribuye a la existencia del hecho o de la situación objeto de la comprobación". **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 151. En cambio, para **RODRÍGUEZ COPÉ**, "si consideramos que la constatación no es sino la 'comprobación' de la existencia de la causa no dudamos que también tuvo que hacerse cuando las causas actuantes eran las económicas, técnicas, etc. No entendemos, pues, por qué el Legislador exige expresamente esta constatación sólo para el caso de fuerza mayor, máxime cuando la misma es un paso más del procedimiento legal". **RODRÍGUEZ COPÉ**. *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., p. 275.

<sup>1531</sup> Formalmente, la doctrina laboral ha declarado que en los supuestos de fuerza mayor "existe un proceso aplicativo de la ley en el que apenas cabe apreciación subjetiva de parte de la Administración, debiendo limitarse tal decisión a la que el texto legal ha previsto sobre ese contenido, pudiendo calificarse la actividad desarrollada por aquella como el ejercicio de una potestad reglada". **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 153.

<sup>1532</sup> **CAVAS MARTÍNEZ**. *El despido por fuerza mayor*, op. cit., p. 208. En términos similares, **MONTOYA MELGAR**. *Problemas de legalidad en el desarrollo reglamentario del ET en materia de regulación de empleo*, op. cit., p. 184.

<sup>1533</sup> **MONTES PENADES**. *Art. 1124*, op. cit., p. 1235; y **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 24 y 25.

<sup>1534</sup> Para **ORTIZ LALLANA**, esta compensación se trata, de una parte, de una indemnización cuyo carácter es puramente compensatoria respecto del trabajador, a quien es justo que se indemnice al verse privado de su fuente fundamental de ingresos (...), de otra lo que se pretende es compensar económicamente mediante una prestación social la prestación insatisfecha del deudor empresario (...); [t]ambién cabe pensar que tal indemnización es, pura y simplemente, una indemnización de antigüedad de fijación discrecional por la autoridad laboral". **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 186.

dos cuestiones vinculadas a la imputación de los costes derivados de la extinción del contrato importantes, sobre los que conviene detenerse brevemente.

En primer lugar, el papel de la Administración en la determinación de la imputación de los costes es notable, pues, el art. 51.12.4º TRET habilita a la Autoridad Laboral para que acuerde que la totalidad o una parte de la indemnización sea satisfecha total o parcialmente por el FOGASA<sup>1535</sup>, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario<sup>1536</sup>. A pesar de su discutible adecuación jurídica<sup>1537</sup>, desde un punto de vista preventivo, parece claro que el propósito de la norma es tratar de mitigar los efectos de la extinción del contrato de trabajo en la medida de lo posible mediante una pronta compensación<sup>1538</sup>.

En segundo lugar, si se trata de un supuesto de incumplimiento contractual inimputable (al igual que en la excesiva onerosidad sobrevenida) cabría preguntarse porqué no debe preverse un plan de acompañamiento social para estos supuestos extintivos. Esto es, con el fin de paliar los efectos de la extinción sobre los trabajadores afectados. Y, en esta línea, porqué no pueden acordarse resarcimientos económicos superiores a los legalmente previstos. Lo que exigiría que se incorporara una fase del proceso destinada a posibilitar la negociación entre las partes implicadas<sup>1539</sup>.

### **6.1.2.- Imposibilidad objetiva que afecta al empresario persona física.**

La extinción del contrato puede derivarse en las situaciones de muerte, jubilación o incapacidad del empresario. Como premisa de partida, debe tenerse en cuenta que la regulación contenida en la LCT<sup>44</sup> (art. 76.4)<sup>1540</sup>, el ET<sup>80</sup> (art. 49.7)<sup>1541</sup> y el TRET (art. 49.1.g)<sup>1542</sup> no ha

---

<sup>1535</sup> Y, el art. 2.3 del Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, establece que “en los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor, el Fondo de Garantía Salarial abonará las indemnizaciones legales, siempre que se haya acordado por la autoridad laboral la exoneración del empresario”.

<sup>1536</sup> Repárese que el FOGASA debe abonar la indemnización sin necesidad de la declaración previa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, por lo que no le son de aplicación los límites establecidos en el art. 33.2 TRET. *Vid.* al respecto, SSTSJ Comunidad Valenciana 5 de febrero 2004 (AS 3299); y Extremadura 17 de junio 1999 (AS 6047). En contra, aplicando los límites del art. 33.2 TRET, STSJ Castilla La Mancha 24 de enero 2001 (AS 137).

<sup>1537</sup> Para un sector de la doctrina (analizando el contenido del ET<sup>80</sup>) este precepto no alcanza a comprenderse, porque difícilmente pueden identificarse los criterios que permitan a la autoridad laboral ‘reducir o exonerar’ al empresario del débito indemnizatorio, si se parte de la base de que “ya no cabe hablar de que en unos casos la prestación de trabajo sea más o menos imposible que en otros”. **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>1538</sup> *Vid.* al respecto *infra*.

<sup>1539</sup> En este sentido, siguiendo a NORES TORRES, si bien no puede entenderse que la normativa española esté incumpliendo el derecho comunitario, al no incluir la fase de consultas en las extinciones por fuerza mayor, hubiera sido deseable que se hubiera previsto para valorar la efectiva imposibilidad objetiva así como para evaluar la posibilidad de mitigar los efectos de la resolución contractual sobre los trabajadores afectados. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 113 a 116.

<sup>1540</sup> Repárese que las redacciones son idénticas: Art. 89.3 LCT<sup>31</sup>: “Los contratos individuales de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: Muerte o incapacidad del patrono, o extinción de la personalidad contratante,

variado excesivamente<sup>1543</sup>. Probablemente, la novedad más trascendente reside en el hecho de que el ET'80 amplía las causas, incluyendo la jubilación del empresario como causa extintiva. Posibilidad que permanece en el TRET<sup>1544</sup>. De todos modos, la impronta del *favor negotii* en estos supuestos de ineficacia contractual es notable.

Antes de proceder al análisis de esta cuestión, debe resaltarse que, desde un punto de vista dogmático, estos supuestos resolutorios han planteado una cierta discusión doctrinal. La extinción del contrato por imposibilidad objetiva sólo puede predicarse sin fisuras de aquellos supuestos en los que la persona del empresario, su capacidad técnica o sus estudios profesionales son elementos tan decisivos del contrato o están tan directamente vinculados a su desenvolvimiento que la desaparición del empresario y la del negocio son prácticamente simultáneas<sup>1545</sup>.

En cambio, en los supuestos en los que la vinculación no sea tan estrecha, *a priori*, se plantean algunas sombras respecto de la ubicación de este supuesto extintivo en la órbita de la imposibilidad objetiva. Un sector de la doctrina entiende que en estas situaciones, en último término, se está produciendo una resolución contractual a instancia del empresario (jubilado o incapacitado, sus herederos o de sus representantes)<sup>1546</sup>.

Planteamiento que no puede aceptarse. Siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>1547</sup> (que analiza la LCT'44), puede afirmarse que cuando el TRET se refiere a la muerte del empresario se está

---

sin no hay representante legal que continúe la industria o el trabajo". Y el art. 76 LCT'44 establecía lo siguiente: "Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: 4ª. Muerte o incapacidad del empresario o extinción de la personalidad contratante, siempre que no haya representante legal que continúe la industria o el trabajo".

Por su parte, pese a que el art. 18.2 LRL'76 se refiere a la subrogación de empresa, omite hacer referencia a este supuesto concreto.

<sup>1541</sup> Art. 49.7 ET'80: El contrato de trabajo se extinguirá: "Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 o por extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo, en este último caso, seguirse los trámites del artículo 51 de esta ley".

<sup>1542</sup> Art. 49.1 TRET: "El contrato de trabajo se extinguirá: g). Por muerte jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante. En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario. En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del art. 51 de esta Ley".

<sup>1543</sup> De hecho los órganos jurisdiccionales admitirán la similitud sustancial entre el art. 49.7 ET'80 y el art. 76.4 LCT'44 (entre otras, STCT 2 de marzo 1982, RTCT 1301).

<sup>1544</sup> Posibilidad, no obstante, que con carácter previo reconocía la jurisprudencia. SSTCT 24 de marzo 1973 (RTCT 1397); 19 de enero 1978 (RTCT 244); 6 de febrero 1975 (RJ 656); SSTS 5 de abril 1976 (RJ 1863); 21 de febrero 1976 (RJ 708).

<sup>1545</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 185. En términos similares, GARCÍA MURCIA. *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario*. RTS nº 61, 1996, p. 41.

<sup>1546</sup> Según GARCÍA MURCIA "la extinción del contrato por incapacidad del empresario se acerca, al menos en su *modus operandi*, a un despido". GARCÍA MURCIA. *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario*, op. cit., p. 41. Aseveración que de aceptarse tiene una repercusión jurídica importante. Si se estima que la resolución contractual es en última instancia una decisión del "nuevo empresario", un sector doctrinal entiende que se trataría en definitiva de una decisión que no es ajena a las causas económicas, por lo que, en aplicación del derecho comunitario, si se superan los umbrales cuantitativos de afectados y efectivos, debería entenderse que la legislación española está incumplimiento el derecho comunitario. *Vid.* en este sentido, NORES TORRES. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, op. cit., p. 118 y 119.

<sup>1547</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 186 y 187.

refiriendo claramente al “empresario anterior”. Y, estos sucesos hacen imposible para el “empresario anterior” la sucesiva ejecución de los contratos. Y es esta imposibilidad la que produce la resolución de los contratos. Ahora bien, paralelamente, como se sabe, siguiendo con la exposición del citado autor, en aras a la estabilidad en el empleo, se exige que los continuadores de la empresa asuman la obligación de mantener a aquellos trabajadores en sus puestos de trabajo. A partir de estas premisas, se extrae que “los contratos de trabajo terminan con la muerte del empresario, porque este suceso, en principio, produce la imposibilidad de su ejecución. Pero si las circunstancias de hecho evitan tal imposibilidad, es decir, si alguien – herederos o comprador – continúa manteniendo esa industria, la resolución de contratos no se produce y se verifica en cambio la aludida novación subjetiva”<sup>1548</sup>. Por consiguiente, ni estas circunstancias provocan la resolución automática del contrato, ni la subrogación es una consecuencia *ipso iure* derivada del acaecimiento de las mismas. En otras palabras, la aplicación del art. 44 TRET está condicionada a la continuidad de la actividad empresarial, por lo que, si no hay continuidad no se produce la subrogación; y al no producirse ésta queda confirmada la resolución por imposibilidad objetiva. No se trata, por tanto, en que no se haya querido vulnerar los principios de libertad de empresa y de libertad profesional, sino que la razón debe encontrarse en la propia dinámica de la sucesión *mortis causa*<sup>1549</sup>. Argumentación perfectamente predicable respecto de los supuestos de incapacidad del empresario, así como para las situaciones de jubilación<sup>1550</sup>.

Como se ha avanzado, la repercusión de la estabilidad en el empleo sobre el régimen jurídico de estas circunstancias imposibilitantes es notable. Como se sabe, la ineficacia del contrato como consecuencia del perfeccionamiento de cualquiera de estas circunstancias obstativas está condicionada al hecho de que no se continúe desarrollando la actividad empresarial (art. 49.1.g TRET), pues, en tal caso, deberá aplicarse lo previsto en el art. 44 TRET. La aplicación del art. 44 TRET a este supuesto de ineficacia contractual es una consecuencia que se decanta sin excesivas dificultades de la lógica operativa que disciplina el instituto de la subrogación *ope legis* en el contrato de trabajo y que ha recogido la legislación laboral desde 1931. Sin que, por otra parte, sea preciso insistir que el factor precipitante de todo este proceso es la estabilidad en el empleo. A pesar de las diferencias evidentes entre la muerte,

---

<sup>1548</sup> Planteamiento que el propio autor confirmará con posterioridad en SUÁREZ GONZÁLEZ. *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, op. cit., p. 162. En este sentido, ORTIZ LALLANA. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 404. En términos similares, MONEREO PÉREZ, analizando el ET'80, afirma que “si hay continuidad de la actividad de la empresa se entra en el campo de aplicación del artículo 44 ET y se sale del art. 49.7; si, al contrario, no la hay se aplica el artículo 49.7 del Estatuto de los Trabajadores”. MONEREO PÉREZ. *Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario*. REDT nº 24, 1985, p. 546.

<sup>1549</sup> MONEREO PÉREZ. *Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario*, op. cit., p. 547.

<sup>1550</sup> MONEREO PÉREZ. *Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario*, op. cit., p. 546.

la jubilación<sup>1551</sup> y la incapacidad<sup>1552</sup>, puede afirmarse que tienen dos aspectos en común: en

---

<sup>1551</sup> En relación a esta causa extintiva, la jurisprudencia ha estimado que la decisión del empresario de jubilarse no debe entenderse como un despido, sino como una extinción *ipso iure* (SSTS 11 de junio 1985, RJ 3381; 26 de mayo 1987, RJ 3885). El principal problema que ha suscitado esta causa extintiva se vincula a la posibilidad que en el RETA de compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con el mantenimiento de la titularidad del negocio empresarial y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad (art. 93.2 OM 24 de septiembre 1970, BOE 30 de septiembre; modificado por la OM 31 de julio 1976, BOE 23 de agosto). Así, en un primer momento se exige que para que la jubilación empresarial provoque la extinción del contrato, es preciso, no sólo que no se produzca una sucesión de empresa (*ex art.* 44 ET), sino que además no se mantenga la actividad empresarial. No obstante, la STS 9 de abril 1996 (RJ 3071), declara que en los supuestos que el empresario opte por compatibilizar la percepción de la pensión con el mantenimiento de la titularidad del negocio, puede extinguir posteriormente los contratos de trabajo *ex art.* 49.1.g) ET (un comentario de esta sentencia, **SEMPERE NAVARRO**. *El plazo del empresario jubilado para extinguir los contratos de sus trabajadores (Comentario a la STSJ Andalucía-Granada 16 junio 1997)*. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\853). Criterio modificado posteriormente en la STS 25 de abril 2000 (RJ 4252), en virtud de la cual si el empresario se jubila y continúa la actividad del negocio no puede acudir a la extinción del contrato de trabajo alegando su jubilación, lo que no quiere decir que la cesión definitiva de la actividad del negocio concorra de forma paralela a la jubilación, siendo admisible cierto plazo “prudencial” (resolución confirmada por la STS 9 de febrero 2001, RJ 2513). Criterio seguido por la doctrina judicial, entre otras, STSJ Baleares 5 de abril 2005 (AS 904). Conviene tener presente que, la jubilación del socio único y administrador de la sociedad, que no es causa de extinción de los contratos ya que la empresa ostenta una personalidad jurídica distinta de la del socio único, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 49.1.g) TRET que prevé la extinción del contrato de trabajo por jubilación del empresario persona física y que como consecuencia de tal jubilación cese la actividad de la empresa. STSJ Madrid 25 de octubre 2005 (AS 1321). Por otra parte, si el empresario pese a la jubilación decide continuar, no se trata propiamente de un supuesto de transmisión, pues, continúa ostentando la titularidad empresarial, aunque no se ocupe directamente de los correspondientes actos de gestión. **ALBIOL MONTESINOS**. *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1552</sup> Se trata de un supuesto de imposibilidad sobrevenida que incide sobre una persona, el empresario, que “hasta el acaecimiento de la lesión o la enfermedad había sido plenamente capaz de dirigir una explotación industrial o poseía plena capacidad para todos los actos de la vida civil, disponiendo en ellos de la capacidad jurídica necesaria para su desarrollo”. **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 411. Sentado lo anterior, la jurisprudencia ha entendido que la incapacidad “no se refiere solamente a la concurrencia de una causa de incapacitación civil (locura, interdicción, etcétera), sino también a la manifestación de inhabilidad o incapacidad de hecho para regir el negocio derivada de enfermedad que le imposibilite para desarrollar las facultades directivas” (STCT 2 de marzo 1982, RTCT 1301). Por lo tanto, cabe hacer una distinción entre la incapacidad legal y la incapacidad de hecho o natural (o también física), concepto, este último mucho más amplio. **ORTIZ LALLANA**, *op. cit.*, p. 412 a 427; y **GARCÍA MURCIA**. *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario*, *op. cit.*, p. 45. Así, en la delimitación del término “incapacidad”, *ex art.* 49.1.g) TRET “hay que considerar que los padecimientos del actor, unidos a su edad, son suficientes para justificar su decisión extintiva por incapacidad de acuerdo con el art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, precepto que contempla una incapacidad específica que ha de valorarse teniendo en cuenta las funciones desarrolladas” (STS 16 de julio 1987, RJ 5397). Es decir, no es preciso que la incapacidad esté declarada por la Seguridad Social (entre otras, SSTS 20 de junio 2000, RJ 6893; 4 de octubre 1988, RJ 7524; y 26 de abril 1986, RJ 2250). Tampoco debe identificarse con la incapacidad permanente absoluta (STS 16 de julio 1987, RJ 5397); sino que la incapacidad de la que habla el art. 49.1 g) TRET “es un concepto mucho más amplio que el de incapacidad absoluta del TRLGSS, “pues esta última lo condiciona a que sea ‘para toda clase de trabajo’, mientras que aquí la incapacidad, más bien inhabilidad, se concreta al ámbito de la función empresarial, por lo que en tanto ello constituye ‘el trabajo habitual’ del empresario, es equiparable a la permanente total”. **ORTIZ LALLANA**, *op. cit.*, p. 429. Aunque en los supuestos en los que el empresario esté incluido en el RETA, la declaración de invalidez permanente es un elemento relevante de prueba, pues “la invalidez permanente, declarada por aquella vía, se traduce en la estimación objetiva de la imposibilidad de poder realizar las funciones que son inherentes a la cualidad de trabajador autónomo, es decir, desempeño de su trabajo de manera directa y personal” (STS 13 de julio de 1989, RJ 5468; *vid.* también SSTSJ Andalucía/Granada 3 de febrero 2004, AS 915; y Galicia 16 de enero 2004, JUR 80038). En suma, debe incluirse dentro del término incapacidad “aquellos supuestos relativos a la incapacidad legal y aquellos otros constitutivos de incapacidad natural física o de hecho”. **ORTIZ LALLANA**, *op. cit.*, p. 410. En este sentido también, **DE LA VILLA**. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 184 y ss.; **MONEREO PÉREZ**. *Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario*, *op. cit.*, p. 565. Siguiendo a **GARCÍA MURCIA**, es importante advertir que en los supuestos de resolución contractual por incapacidad del empresario, es imprescindible valorar las circunstancias concurrentes al caso teniendo en cuenta las actividades afectadas (esto es, la actividad desplegada por el empresario con anterioridad a la incapacidad y el alcance material de la incapacidad. **GARCÍA MURCIA**, *op. cit.*, p. 48 y 49. *Vid.* al respecto en la jurisprudencia, SSTS 16 de julio 1987 (RJ 5397); y 26 de abril 2001 (RJ 4610). Autor partidario de proceder a la suspensión de los contratos en los supuestos de incapacidad temporal del empresario decretada conforme a las reglas de la Seguridad Social, aplicando análogicamente las causas generales del art. 47 TRET. No obstante, para los supuestos de incapacidad decretados

primer lugar, que siempre existe un representante legal que pueda continuar con la actividad de la empresa (DE LA VILLA); y, en segundo lugar, su inoperatividad como causas extintivas para el caso de que la empresa continúe en la persona de un sucesor<sup>1553</sup>. Por consiguiente, puede afirmarse, por un lado, que la continuidad de los contratos está supeditada a la manifestación de voluntad del sucesor<sup>1554</sup>; y, por otro lado, que la constatación de si hay o no continuidad en el negocio constituye una cuestión absolutamente decisiva para evaluar el alcance del hecho sobrevenido que afecta al empresario<sup>1555</sup>. Situaciones en las que el principio de estabilidad en el empleo como criterio interpretativo ha tenido cierta incidencia – aunque también conviene advertir que ha quedado relativizada por la concurrencia de otros intereses concurrentes.

Desde esta perspectiva, conviene precisar dos extremos: primero, en cualquiera de las situaciones descritas en el art. 49.1.g) TRET, la continuidad de la empresa con carácter provisional mientras se resuelve la nueva situación no motiva la aplicación automática de la normativa subrogatoria<sup>1556</sup>. Siempre y cuando, medie un período de tiempo *prudencial* o *razonable* – a pesar de que el art. 49.1.g) TRET no lo mencione expresamente<sup>1557</sup>.

---

conforme a la legislación civil o de hecho, sostiene que cabe declarar la resolución contractual. GARCÍA MURCIA, *op. cit.*, p. 48.

<sup>1553</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>1554</sup> Entre otras, STS 17 de junio 1988 (RJ 6024).

<sup>1555</sup> La casuística al respecto es rica en matices, especialmente, si se acepta que “el uso de singulares elementos de producción de la anterior empresa no basta para entender que se mantiene la identidad de la unidad económica productiva si tales elementos no son suficientes por sí para proseguir la actividad de aquella sin la adición y el complemento de otros”. STSJ Baleares 5 de abril 2005 (AS 904). Como botón de muestra, se entiende que no puede apreciarse la existencia de continuidad en los supuestos en los que jubilado el propietario arrienda los locales en los que desarrollaba su actividad (venta al por menor de prendas de vestir) libres de enseres y de género, habiendo realizado en cada uno de ellos los respectivos arrendatarios (también dedicados a la venta de ropa) importantes obras de reforma. STSJ Castilla y León (Burgos) 28 de abril 2004 (AS 1477). Tampoco se entiende que existe continuidad en un supuesto de arriendo de finca rústica a un empresario agrícola que se dedica a la explotación de tierras cultivables (tras el cese de la actividad motivado por la elevada edad - 87 años - cese por insostenibilidad de la situación y cese por jubilación), que no se acompaña de transmisión de explotación, ni maquinaria, ni aperos, ni trabajadores, sino tan sólo el arriendo de parte de las fincas de la explotación. STSJ Castilla y León (Valladolid) 29 de marzo 2004 (AS 1272).

En cambio, se estima que existe continuidad en un supuesto en el que, fallecido el empresario (que regenta un taller de reparación de vehículos), los herederos arriendan a un tercero la maquinaria y enseres existentes en el local. STSJ Madrid 7 de junio 2005 (AS 1414). Se llega a la misma conclusión en un supuesto de jubilación de un taxista que utiliza como conductor a otra persona, en tanto que procede a la venta de la licencia municipal de auto taxi y del vehículo. STS 14 de febrero 2001 (RJ 2523).

<sup>1556</sup> STS 17 de junio 1988 (RJ 6024); y 29 de septiembre 1989 (6539): “el art. 49.1 g) [ET’80] contempla de modo expreso como causa legal de extinción de la relación laboral el fallecimiento del empresario, mandato legal frente al que no entran en juego los diversos supuestos hereditarios sino únicamente la manifestación de voluntad de los herederos de no proseguir ejerciendo la misma actividad productiva del fallecido, por cuanto no hay posibilidad legal de imponerles su continuación y debiendo referirse al momento en que el sucesor habrá de adoptar su decisión al tiempo que ponderadamente exija la liquidación de la empresa en atención a su complejidad y a las circunstancias concurrentes”. *Vid.* también, SSTSJ Extremadura 27 de enero 2005 (AS 14); y Andalucía (Granada) 14 de febrero 2001 (AS 2187).

<sup>1557</sup> SSTS 8 de junio 2001 (RJ 5504); 9 de febrero 2001 (RJ 2513); y 25 de abril 2000 (RJ 4252); y, en la doctrina judicial, SSTSJ Castilla y León (Burgos) 30 de marzo 2006 (AS 1149) y 28 de abril 2004 (AS 1477); Canarias (Las Palmas) 14 de marzo 2006 (AS 1573); País Vasco 23 de noviembre 2004 (JUR 2005\42590); Andalucía (Sevilla) 20 de febrero 2003 (JUR 175194); y Cataluña 29 de julio 2002 (AS 2896). En la doctrina *vid.*, **GARCÍA MURCIA**. *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario*, *op. cit.*, p. 50.

En este sentido, el papel del principio de estabilidad en el empleo, como parámetro hermenéutico ha jugado un papel importante. Tratando de delimitar el sentido de los términos “prudencial” o “razonable” la jurisprudencia y la doctrina judicial han estimado que no concurren cuando el cese ocurre a los siete años (en un supuesto de

Y, segundo, en los supuestos de muerte del empresario, la aceptación de la herencia no empece a que el heredero desestime la continuidad de la actividad empresarial, “por cuanto no hay posibilidad legal de imponerle la continuación”<sup>1558</sup>. Siempre, eso sí, que se manifieste de modo inequívoco y efectivamente no haya continuidad en el negocio<sup>1559</sup>.

En otro orden de consideraciones, a pesar de la tradicional preocupación del Legislador laboral por la canalización de los supuestos extintivos a través de un procedimiento preestablecido, a fin de incrementar las garantías de los trabajadores, la formalización de este supuesto resolutorio no está prevista en lugar alguno. La única referencia normativa existente se refiere a la posibilidad de solicitar la prestación por desempleo de los trabajadores afectados. Conforme a lo previsto en el Decreto 200/2006, 17 de febrero (BOE 3 de marzo), que Modifica el Decreto 625/1985, 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, 2 de agosto 1984, de protección por desempleo, para la acreditación de la situación legal de desempleo basta con el certificado de empresa, permaneciendo, no obstante, la posibilidad de recurrir al acta de conciliación administrativa o judicial o a la resolución judicial definitiva cuando aquella primera del empresario no exista<sup>1560</sup>. Más allá de esta cuestión el silencio de la norma es absoluto. Por consiguiente, en cuanto al procedimiento a seguir, en estos supuestos, si se decide no continuar con la actividad empresarial no es preciso acudir a un expediente de regulación de empleo<sup>1561</sup>.

---

jubilación, STS 25 abril 2000, RJ 4252), ni a los seis (en un supuesto de incapacidad, STSJ Asturias 26 de diciembre 2003, AS 2004\233) ni a los cinco (en un supuesto de jubilación, STS 9 de febrero 2001, RJ 2513; y STSJ Madrid 16 de diciembre 2003, AS 2004\2255) ni tampoco a los treinta y dos meses (en un supuesto de jubilación, STS 8 de junio 2001, RJ 5504). En cambio, se estima que es un tiempo prudencial el transcurso de cinco meses (en un supuesto de fallecimiento del empresario, STSJ Madrid 1 de septiembre 2005, AS 2512).

<sup>1558</sup> SSTS 13 de mayo 1985 (RJ 2700); 18 de septiembre 1986 (RJ 6474); y 17 de junio 1988 (RJ 6024). Incluso, es posible que el sucesor decida no continuar en la actividad de alguna de las empresas (STS 16 de julio 1986, *cit.* **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, nota 6, p. 414). No obstante, un sector de la doctrina laboral, entiende que, en tanto que se constituía una situación privilegiada, la decisión de la continuidad o no debía tomarse precisamente en el momento de la aceptación. **PÉREZ PÉREZ**. *La sucesión 'mortis causa' y continuación del contrato de trabajo*. RPS nº 122, 1979, p. 335.

<sup>1559</sup> SSTS 28 de junio 1984 (RJ 3372); 26 de mayo 1986 (RJ 2688); 12 de septiembre 1988 (RJ 6876); 28 de septiembre 1989 (RJ 6539); y SSTSJ Madrid 7 de junio 2005 (AS 1414); y 19 de junio 2001 (AS 2960). En este sentido, de los actos de los herederos de conservación y liquidación de la explotación no pueden entenderse que se ha producido una continuidad en el negocio. STSJ Madrid 1 de septiembre 2005 (AS 2512). En términos similares, STSJ Extremadura 27 de enero 2005 (AS 14).

En cuanto a la determinación de quién debe entenderse que es titular de la empresa durante el tiempo que media entre la muerte del causante y el momento de aceptación de la herencia o el legado, GONZÁLEZ BIEDMA es partidario de una interpretación *flexible* de la noción de “titularidad” a los efectos del art. 44 TRET y entender que el propio titular es la herencia yacente, como patrimonio separado de la empresa a estos efectos exclusivos. En consecuencia, en los supuestos de transmisión *mortis causa ex art. 44 TRET*, se está produciendo dos transmisiones sucesivas: causante - herencia yacente (gestionada por sus administradores); herencia yacente - herederos o legatarios. **GONZÁLEZ BIEDMA**. *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>1560</sup> **SAN MARTÍN RODRÍGUEZ**. *Algunos comentarios a las reformas del desempleo*. AJA nº 706, 2006, versión digital (BIB 2006\693). Siguiendo, con el citado autor, debe entenderse que la entrada en vigor del Decreto 200/2006 deroga parcialmente, la D. Tª 2ª Ley 45/2002. No obstante, un sector de la doctrina echa en falta que no se haya previsto la posibilidad de celebrar un período de consultas con los representantes de los trabajadores. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 117 y 118.

<sup>1561</sup> La Orden Ministerial 6 de octubre 1981 (BOE 17 de octubre), que en desarrollo del REMSE'80, regulaba el proceso de acceso a la prestación de desempleo en los supuestos de muerte, incapacidad o jubilación del empresario sin representante que continuara la actividad. No obstante, se establece que la extinción de los contratos

No obstante, la doctrina ha estimado que, a pesar del silencio legislativo, cabe entender que en aras al principio de buena fe, debe producirse una comunicación a los afectados (bien por el propio empresario, si la incapacidad no se lo impide o bien por su representante legal), con un cierta antelación (proponiéndose el plazo de 15 días, *ex art.* 49.1.c TRET) y debiéndose especificar las mínimas indicaciones para que el trabajador “cuente con elementos de juicio sobre los motivos y la fecha del cese”<sup>1562</sup>. Criterios que han sido asumidos por la doctrina judicial<sup>1563</sup>.

Finalmente, de un modo similar a como sucede cuando se constata la imposibilidad objetiva del empresario persona jurídica, la legislación laboral también prevé un sistema de resarcimiento que trata de repartir los costes derivados de la extinción entre los sujetos afectados. De todos modos, a partir de una concepción, quizás, superada, de la debilidad económica del empresario persona física (en comparación con la “fortaleza” económica que se presume del empresario persona jurídica) se prevé un sistema de compensación claramente desigual. En concreto, el trabajador en los supuestos de resolución del contrato por muerte, incapacidad o jubilación del empresario tiene derecho al abono de la cantidad equivalente a un mes de salario (párrafo 2º art. 49.1.g TRET)<sup>1564</sup>. De tal modo que (ínexplicablemente) el trabajador asume con mayor intensidad los costes derivados de la extinción del contrato.

---

de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, cuando no exista persona que le suceda a sus actividades profesionales deberá ser constatada por la autoridad laboral. Extremo que ha sido unánimemente descartado por la doctrina y la jurisprudencia (entre otras, STS [C-A] 9 de junio 1987, RJ 4191) por entender que la mencionada OM contradice la letra y el espíritu de la ley. *Vid.* al respecto, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 441 a 444. Dicha OM fue finalmente derogada por el Decreto 625/1985, 2 de abril (BOE 7 de mayo 1985).

<sup>1562</sup> **GARCÍA MURCIA**. *La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario*, *op. cit.*, p. 51 y 52.

<sup>1563</sup> Para la STSJ Galicia 12 de febrero 2004 (AS 1044) “la extinción sólo puede producirse si no hay continuación o sucesión en la empresa o en el negocio que regentaba el anterior empleador y para que se produzca la extinción es necesaria, por otra parte una declaración fehaciente de esos hechos, aunque no necesariamente ha de esperarse a la finalización del expediente de jubilación o incapacidad, pero la decisión de jubilación debe ir seguida del cese de la actividad y de la comunicación de extinción de los contratos, aunque para ello el empleador cuente con un plazo prudencial, que no puede ser prolongado para que no desaparezca la relación de causalidad entre uno y otro acto (...). La jubilación del empresario junto con la muerte y la incapacidad son causas de extinción del contrato que operan *ope legis*, no hace falta seguir el trámite del artículo 51, ni trámites similares, aunque sí parece necesario una declaración expresa y recepticia del empresario o de sus representantes que ponga en conocimiento del trabajador la nueva situación, declaración que servirá además para que el trabajador pueda acreditar su paso a la situación de desempleo y pueda devengar las correspondientes prestaciones”; teniéndose en cuenta que “en cuanto a la forma si bien es exigible la comunicación, no es necesaria la comunicación escrita, aunque sí fuere aconsejable”. Por lo que debe entenderse cumplido dicho requisito si el empresario después de proceder a la comunicación verbal remite a los trabajadores su decisión a través de una carta por correo.

<sup>1564</sup> Precepto que, en relación a su redacción original (art. 49.7 ET'80), únicamente ha introducido, con respecto a la desaparición del empresario persona física, el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización de un mes de salario. No obstante, los órganos jurisdiccionales exigen el abono de la indemnización de un mes de salario, aunque no estuviera reconocida en el ET'80, en aplicación del art. 81 LCT'44 (normativa con rango reglamentario en virtud de la Disposición Adicional 4ª ET'80). Además, en un primer momento, en los casos de desaparición del empresario persona física se exigió un control administrativo previo en (Orden 6 de octubre 1981, BOE 17 de octubre), aunque posteriormente fue derogado (RD 625/1985, de 2 de abril, BOE 7 de mayo). De todos modos la jurisprudencia manifestó desde un primer momento la ilegalidad de la mencionada Orden al contradecir lo dispuesto en el propio ET'80 (por todas, STS [C-A] 21 de noviembre 1986, RJ 7090). *Vid.* **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, *op. cit.*, p. 442 y ss; y **CAMPS RUIZ**. *La sucesión de empresa*, *op. cit.*, p. 81. Finalmente, la Ley 36/1992, 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre), modificará el apartado 7º del art. 49 ET'80, explicitando lo que ya venía siendo admitido por la jurisprudencia.



## ***6.2.- La resolución por imposibilidad objetiva que afecta al trabajador y la estabilidad en el empleo.***

El acaecimiento de un hecho sobrevenido que objetivamente imposibilite al trabajador el cumplimiento de la prestación pactada de un modo permanente y absoluto, es suficiente para extinguir la resolución del contrato. En efecto, es claro que la *muerte* del trabajador es un caso paradigmático de esta lógica descrita, pues, se trata de un supuesto extintivo que deja muy poco margen de maniobra. Con el óbito se produce la desaparición del objeto del contrato, esto es, la fuerza de trabajo<sup>1565</sup>. En cuyo caso, el contrato debe entenderse extinguido, por la imposibilidad objetiva de su ejecución, motivada por la extinción del objeto contractual (art. 49.1.e TRET)<sup>1566</sup>.

Más allá de este supuesto indiscutible, la voluntad de salvaguardar el empleo se ha traducido en la relativización de la fuerza extintiva de determinados hechos imposibilitantes. En concreto, de la incapacidad permanente. En concreto, la incidencia de la estabilidad en el empleo sobre este hecho obstativo se ha centrado en dos dimensiones: en primer lugar, en posponer, *siempre que sea posible*, los efectos propios de todo hecho obstativo, a fin de asegurar el carácter definitivo de la circunstancia imposibilitante; y, en segundo lugar, vinculando el efecto extintivo al efectivo reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social. Respecto de la primera dimensión, sin voluntad de reiterar lo ya expuesto con ocasión de la IT, la legislación laboral ha tendido a incrementar progresivamente las cautelas respecto del efectivo carácter definitivo de la imposibilidad objetiva, no sólo porque se ha tratado de favorecer la estabilidad en el empleo, sino también porque era un mecanismo para posponer la percepción de una prestación de la Seguridad Social.

En cuanto a la segunda dimensión, es claro que el objetivo de la estabilidad en el empleo concurre con la voluntad de dar cobertura a la situación en la que se encuentra el trabajador en estas circunstancias. De modo que el objetivo propuesto es que la transición del empleo al no-empleo sea, en términos de recursos económicos, lo menos traumática que el sistema de la Seguridad Social sea capaz de ofrecer.

---

<sup>1565</sup> ALONSO OLEA. *El Despido*, op. cit., p. 32. *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1566</sup> No obstante, conviene tener presente que, si las partes nada han pactado y al margen de las prestaciones que puedan derivarse de la aplicación de la legislación de Seguridad Social, en virtud del Decreto 2 de febrero 1944 (desarrollado por la Orden 16 de febrero 1946) - “de dudosa vigencia” y “no derogado expresamente nunca”-, en los casos de muerte debida a causa natural (por tanto, no derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional), el empresario debe abonar a determinados parientes próximos del difunto una indemnización de 15 días del salario que disfrutara en el momento de su muerte. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE. *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 523; SALA FRANCO. *Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales*, op. cit., p. 13; y – aunque refiriéndose al Decreto 2 de marzo 1944 y Orden 16 de febrero 1968 - TOVILLAS ZORZANO. *Causas de terminación del contrato de trabajo independientes de la voluntad de los sujetos que afectan a la extinción de los mismos*, op. cit., p. 440.

### ***6.2.1.- Modalización de la eficacia extintiva de la incapacidad permanente como circunstancia imposibilitante.***

Así pues, salvo que se trate de un supuesto de muerte del trabajador, puede afirmarse que, como consecuencia del impacto de la idea de la estabilidad en el empleo, la lógica resolutoria del Derecho común por imposibilidad objetiva cuando afecta al trabajador es objeto de una *intensa modalización*. Circunstancia que puede apreciarse en *cinco* manifestaciones. Veamos a continuación cada una de ellas.

1.- Como se sabe, la resolución del contrato a la que se refiere el apartado e) del art. 49.1 TRET, opera cuando concurre una declaración de incapacidad permanente (en adelante, IP) del trabajador<sup>1567</sup>.

Ahora bien, este efecto extintivo opera, salvo que se trate de un supuesto de “incapacidad permanente parcial”, bien de “lesiones permanentes no invalidantes” (arts. 150 a 152 TRLGSS), o bien de “invalidez permanente con previsible mejoría” - art. 48.2 TRET; pues, como se ha expuesto, en los dos primeros casos, el contrato permanece vigente (a riesgo de que el empresario proceda a la resolución, *ex* apartado a del art. 52 TRET – previo cumplimiento de lo previsto en el Decreto 1451/1983 y en la LPRL)<sup>1568</sup> y, en el último, la relación de trabajo queda en suspenso<sup>1569</sup>.

2.- En segundo lugar, la extinción del contrato por incapacidad permanente del trabajador a la que se refiere el art. 49.1 e) TRET, es un supuesto de ineficacia contractual, siempre y cuando sea sobrevenida – esto es, desconocida y/o no aceptada por el empresario -, que se remite a la legislación de Seguridad Social, en cuanto que ésta es la que recoge su

---

<sup>1567</sup> Arts. 136 y ss. TRLGSS. Extensamente, en lo relativo a la conceptualización de la expresión “incapacidad permanente”, así como de sus diversos grados, **ROQUETA BUJ**. *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, p. 17 y ss. *Vid. supra* en lo relativo a la situación en la que permanece la relación de trabajo en los supuestos de *alta médica con o sin declaración de permanencia y por agotamiento del plazo de IT*. Conviene tener presente que la extinción del contrato antes de que la resolución administrativa que reconoce la incapacidad permanente del trabajador adquiera firmeza debe calificarse como un despido improcedente. Ente otras, SSTSJ Canarias (Tenerife) 20 de febrero 2003 (JUR 102112); Andalucía (Sevilla) 3 de abril 2003 (AS 2798); Extremadura 8 de enero 2003 (AS 1741); Castilla La Mancha 2 de abril 2001 (JUR 179698); y Comunidad Valenciana 21 de mayo y 16 de septiembre 1997 (AS 1609 y 3300). La STSJ Baleares 10 de mayo 2006 (JUR 188035), constituye un caso particular, pues, pese al seguimiento de la citada regla, estima que no cabe aplicarla al caso que enjuicia, porque el desencadenante de la actuación de la empresa (extinguendo el contrato antes de la firmeza de la resolución) es una comunicación que le remitió la Entidad Gestora, indicándole que se había propuesto reconocer al trabajador la pensión de incapacidad permanente en el grado de total. No obstante, no se aplicará esta regla si el trabajador no impugna la resolución administrativa. STSJ Castilla y León (Valladolid) 18 de noviembre 2003 (JUR 2004\66438). En algún supuesto, la doctrina de suplicación ha admitido que una incapacidad permanente reconocida judicialmente no impide que la empresa resuelva el contrato, alegando una ineptitud sobrevenida, cuando en vía administrativa se ha declarado la existencia de lesiones permanentes no invalidantes. STSJ Cataluña 16 de junio 2003 (AS 2606), *cit.* **TOSCANI JIMÉNEZ**. *Relaciones y prelación de la ineptitud con la incapacidad permanente y la incapacidad temporal*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>1568</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1569</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

contenido y tipificación<sup>1570</sup>. Es decir, no puede existir una IP (esto es, una imposibilidad objetiva con efectos extintivos) si no hay derecho a obtener la correspondiente pensión, por muy grave que sea la patología padecida<sup>1571</sup>. Se exige, por tanto, que se haya dictado previamente una resolución administrativa o una sentencia judicial que declare la incapacidad permanente del trabajador y, además, que se le reconozca la condición de pensionista (esto es, el derecho al percibo de la prestación económica correspondiente)<sup>1572</sup>. La finalidad de esta regla es evitar que el trabajador sin derecho a la prestación “se [halle] abocado a una situación de absoluto abandono y desprotección, por cuanto se le [impide] el mantenimiento o acceso a la ocupación laboral sin proporcionarle, en cambio, la oportuna compensación económica”<sup>1573</sup>.

De tal modo que, siguiendo a SEMPERE NAVARRO, “la falta del período de carencia necesario para lucrar las prestaciones económicas comporta la imposibilidad de declarar la situación de invalidez permanente, aun cuando las lesiones merezcan, médicamente, tal calificación”. De lo que se deriva que, en realidad, “el concepto de IP no existe como tal sino que está desplazado por el, más específico, de *incapacidad permanente pensionada (rectius, con derecho a prestaciones económicas)*”<sup>1574</sup>.

Así pues, para el caso que se deniegue la prestación económica por falta del período carencial preciso, a pesar de la existencia de una imposibilidad objetiva que afecta al trabajador, el empresario no puede resolver el contrato, a no ser que acuda a la vía resolutoria que ofrece el

---

<sup>1570</sup> **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 348; y **SALA FRANCO**. *Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales*, op. cit., p. 14 y 16. La extinción de la relación de trabajo también debe predicarse en los supuestos en los que se declare la incapacidad permanente estando el trabajador en una situación de excedencia forzosa por ejercicio de la actividad sindical. STSJ Castilla La Mancha 26 de noviembre 2003 (AS 2004\381).

<sup>1571</sup> La redacción del ET'80 al respecto resultaba más explícita, por cuanto que, mientras que el art. 49.5 ET'80 declaraba que la gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador” motivaba la resolución contractual, el art. 48.2 ET'80 concretaba que la misma sólo operaba para el caso de que existiera una declaración “de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social”. **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 53. Por otra parte, esta norma tiene sentido desde el instante que para el trabajador afectado por la invalidez el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de recibir compensación alguna. De hecho, durante la vigencia del ET'80 un sector de la doctrina era partidario de conceder una compensación económica sobre la base del art. 81.2 LCT'44. **SEMPERE NAVARRO** y **LUJÁN ALCARAZ**. *La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización*, op. cit., p. 397 y ss.

<sup>1572</sup> STS 14 de octubre 1991 (RJ 7659); y, en la doctrina judicial, STSJ Andalucía (Sevilla) 3 de abril 2003 (AS 2798). Según la jurisprudencia “las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan. Y que, en consecuencia de ello, si el trabajador continúa en la realidad de los hechos desarrollando su actividad laboral y mantiene su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social, aceptadas ambas por la entidad gestora - como sucede en el caso de autos -, cuando posteriormente solicita situación de invalidez y ésta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de ésta, siendo ello así porque el hecho causante se ha producido ahora y no en la fecha en que pretende el Instituto fijar la causa de la invalidez”. STS 7 de febrero 1994 (RJ 811) – que cita las SSTS 25 y 29 de noviembre 1993 (RJ 9076 y 9088). En este sentido, *vid.* también, entre otras, SSTS 6 de marzo 1989 (RJ 1794); 14 de octubre 1991 (RJ 7681); 9 diciembre 1993 (RJ 1993\9766); 18 y 24 de febrero y 12 de diciembre 1994 (RJ 1063, 1515 y 10087); y 16 de marzo, 10 de mayo y 13 de octubre 1995 (RJ 2017, 3764 y 7750).

<sup>1573</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 3 de abril 2003 (AS 2798).

<sup>1574</sup> **SEMPERE NAVARRO**. *Incapacidad laboral larga y recurrente*, op. cit. (versión digital).

art. 52 a) TRET<sup>1575</sup>. Por otra parte, para el supuesto de que el empresario no acuda a esta modalidad resolutoria, cabe la posibilidad de que el trabajador, en virtud de denominada *doctrina del riesgo preconstituido*, puede seguir estando en alta en el régimen correspondiente del sistema de la Seguridad Social, con obligación de cotizar, de tal modo que puede “completar el período de carencia y solicitar de nuevo la pensión aun cuando sea por las mismas secuelas que inicialmente fueron reconocidas”<sup>1576</sup>.

En cambio, para el supuesto de que se reconozca la correspondiente prestación económica, el empresario puede resolver el contrato (a no ser que dicha resolución esté recurrida, pues, en tal caso, se entiende que el contrato permanece en suspenso<sup>1577</sup>)<sup>1578</sup>; sin que esté obligado a proceder a una novación contractual<sup>1579</sup>.

3.- A pesar de lo apuntado (y como tercera manifestación de la relativización de la eficacia extintiva de la incapacidad permanente), la jurisprudencia y la doctrina judicial han estimado que la extinción contractual no es automática (especialmente, para los supuestos de la incapacidad total), sino que se exige una manifestación de voluntad de la empresa de poner fin al vínculo contractual como consecuencia de la nueva situación jurídica del trabajador. Por consiguiente, no basta la declaración de incapacidad permanente para entender roto el contrato de trabajo, sino que se precisa la decisión de la empresa de acogerse a la causa extintiva<sup>1580</sup>. En

---

<sup>1575</sup> En este sentido, *vid.* SSTs 9 de junio 1993 (RJ 4551); 22 de octubre 1991 (RJ 8779), 20 de noviembre 1991 (RJ 8255); 26 de noviembre 1991 (RJ 8416); 20 de diciembre 1991 (RJ 9541); 21 de enero 1992 (RJ 56); y 12 de abril 1992 (RJ 3547); 14 de octubre 1991 (RJ 7659). En la doctrina judicial, STSJ Andalucía (Sevilla) 3 de abril 2003 (AS 2798).

Interpretación que “supone una evidente alteración de los esquemas legales en materia de extinción del contrato de trabajo”. **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 58. En términos similares, **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, nota 19, p. 523.

<sup>1576</sup> **TOSCANI JIMÉNEZ**. *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*. Versión digital ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL 868101), p. 26. No obstante, como matiza el propio autor, esta regla no se aplicará respecto de las “cotizaciones efectuadas con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente, sin derecho a prestación, de acuerdo con el Convenio Especial de la Seguridad Social, pues las contingencias protegidas por el citado convenio deben ser posteriores a la firma del mismo, dado que es entonces cuando se produce el hecho causante” (p. 26).

<sup>1577</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1578</sup> Sin que, en tal caso, quepa hablar de “extinción contractual por decisión unilateral de la empleadora o despido, sino de extinción válida y eficaz de la relación de trabajo”. STSJ Andalucía (Málaga) 25 de febrero 2000 (AS 626).

<sup>1579</sup> STS 18 de diciembre 1989 (RJ 9039): “el hecho de que la indicada situación permita a quien la padece ejercer otra profesión u oficio, para el que no sean precisas las aptitudes perdidas, desvirtúa lo expuesto, pues tal posibilidad no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de otras características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere”. *Vid. infra* respecto a esta última posibilidad.

Por otra parte, la recolocación transitoria en labores diferentes entre el alta médica y la declaración de invalidez no supone *per se* una novación contractual (debiéndose analizar caso por caso), de tal modo que la extinción del contrato posterior basada en la incapacidad permanente deba calificarse como un despido improcedente. Reconociendo la existencia de una novación contractual, y por ende de un despido improcedente pese a la declaración de incapacidad permanente. STSJ Comunidad Valenciana 18 de mayo 2000 (AS 4343). Descartándolo, SSTSJ Cataluña 28 de septiembre 2000 (AS 2795); y Comunidad Valenciana 2 de junio y 12 de noviembre 1998 (AS 2537 y 4866).

<sup>1580</sup> SSTs 12 de julio 1988 (RJ 5808); y 18 de diciembre 1989 (RJ 9030), *cit.* **ALONSO OLEA** y **CASAS BAAMONDE**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 523. En la doctrina judicial, SSTSJ Cataluña 29 de septiembre 2005 (JUR 2006\51084); Castilla La Mancha 4 de diciembre 2003 (AS 2004\602); y País Vasco 21 de noviembre 2000 (AS 2001\2001). En la doctrina, **SALA FRANCO**. *Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios*

cualquier caso, la decisión empresarial no queda sujeta a específicos requisitos formales ni causales, bastando con la resolución administrativa o sentencia judicial que reconozca la incapacidad permanente<sup>1581</sup>.

4.- También cabe la posibilidad (ya apuntada con ocasión del análisis del apartado a del art. 52 TRET) que se prevea una norma convencional<sup>1582</sup> que obligue al empresario a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otras funciones<sup>1583</sup>. Lo que “de hecho implica que las empresas del sector han renunciado no sólo a las posibilidades que les otorga el art. 52 a) ET sino también a que sea aplicable como causa de extinción del contrato la previsión del art. 49.1 e) TRET en cuanto se refiere a la declaración de invalidez permanente total, que por consecuencia del acuerdo convencional pasará a ser tan sólo una causa de suspensión del contrato de trabajo si la empresa realmente procura acoplar al trabajador en puesto de trabajo adecuado a su estado”<sup>1584</sup>.

De todos modos, esta regla ha sido precisada por la jurisprudencia. En concreto, siguiendo el planteamiento de la STS 21 de marzo 2000<sup>1585</sup> “esto no significa que tenga que admitirse un cumplimiento de la [previsión convencional] que conduzca a situaciones manifiestamente absurdas y contrarias a razón y a los más elementales principios que rigen el funcionamiento de toda empresa. Por eso, en los casos en que no existe en la empresa (...) ningún puesto de trabajo que se compagine con las secuelas y limitaciones físicas que presenta

---

*jurisprudenciales, op. cit.*, p. 16 y 17; y, analizando la evolución de los órganos jurisdiccionales al respecto, **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 62 y 63.

<sup>1581</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 11 de febrero 2000 (AS 3303). *Vid.* al respecto, **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 63 y 64.

<sup>1582</sup> Por ejemplo, art. 6.3.2 CCOL – Estatal – Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 de agosto 2004) declara que “Las empresas procurarán acoplar al personal con capacidad disminuida, que tenga su origen en alguna enfermedad profesional, accidente de trabajo o desgaste físico natural, como consecuencia de una dilatada vida al servicio de la empresa, destinándole a trabajos adecuados a sus condiciones. Para ser colocados en esta situación, tendrán preferencia los trabajadores que perciban subsidios o pensión inferior al salario mínimo interprofesional vigente. El orden para el beneficio, que se establece en el párrafo anterior, se determinará por la antigüedad en la empresa y, en caso de igualdad, por el mayor número de hijos menores de edad o incapacitados para el trabajo”.

Y, el art. 12 CCOL – Galicia – Personal Laboral de las Universidades de Galicia establece que “El personal que tenga reconocida legalmente la disminución de su capacidad será destinado a un trabajo ajustado a sus condiciones, sin reducción salarial ni profesional”.

Más ejemplos al respecto en, **TOSCANI JIMÉNEZ**. *Relaciones y prelación de la ineptitud con la incapacidad permanente y la incapacidad temporal, op. cit.*, p. 40 a 42.

<sup>1583</sup> En tal caso, la doctrina judicial (STSJ Canarias/Las Palmas 14 de marzo 1997, AS 665) ha estimado que el incumplimiento del empresario de este deber exigido por la norma no debe interpretarse como un despido (improcedente), pues, a través de la norma convencional no pueden establecerse restricciones a la potestad empresarial de resolver el contrato de un trabajador afecto de incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1 e) TRET. Compartiendo este criterio en la doctrina, **LUJÁN ALCARAZ**. *El derecho a ocupar un nuevo puesto de trabajo como consecuencia de la declaración de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual, op. cit.* (versión digital).

En algún convenio colectivo también se reconoce la posibilidad de recolocar al trabajador “entre el período intermedio de tiempo que va desde el momento en que el trabajador por deficiencias en sus condiciones físicas o psíquicas no se hallen en situación de dar un rendimiento normal en su puesto de trabajo, momento en que tienen derecho a pasar a ejercer una actividad distinta a la de su categoría profesional adecuada a su situación, garantizándoles las condiciones salariales inherentes a la misma (...), hasta el momento en que se produce dicha resolución del INSS”. STSJ Cataluña 11 de diciembre 2002 (AS 2003\264).

<sup>1584</sup> STSJ Cataluña 20 de julio 2000 (AS 4033).

<sup>1585</sup> RJ 2870.

el trabajador incapacitado o cuando no hay en el momento de la petición ninguna plaza vacante en la misma, no cabe mantener que ésta viene obligada a crear un puesto ‘*ad hoc*’ para tal trabajador con el solo objeto de dar cumplimiento al precepto que se comenta”. En tal caso, corresponde a la empresa la carga de probar que “haya ‘procurado’ seriamente recolocar al [trabajador] en otro puesto de trabajo adecuado a su capacidad laboral residual” y también su actividad en pro de cumplir con lo previsto en el Convenio Colectivo<sup>1586</sup>. Aunque también se ha declarado que no basta con que existan vacantes al alcance las facultades físicas del trabajador, sino que además debe acreditarse que cuenta con suficiente preparación profesional para llevar a cabo sus funciones<sup>1587</sup>.

En otro supuesto, la STS 21 de marzo 2000<sup>1588</sup> afirma que “si no hay plaza disponible en la empresa para ser asignada a dicho trabajador, no cabe condenar a la empresa a que lo incorpore de nuevo a su plantilla; sin perjuicio, de que si en un momento posterior surge esa plaza, pueda exigirse entonces el reingreso mediante el ejercicio de una nueva acción. Pero tampoco es admisible que en estos supuestos la empresa quede en el momento actual libre de toda clase de responsabilidades y cargas, [especialmente cuando la norma convencional] le impone, con toda claridad y sin restricción alguna, la obligación de readmitir al trabajador”. Por ello, el TS entiende que “a) Si en el momento en que el trabajador incapacitado solicite su reincorporación a la empresa, existe en ella puesto adecuado para él, la empresa está obligada a llevar a cabo tal reincorporación, además de satisfacerle los salarios del período anterior a ella que corresponda; b) Si en dicho momento no hay puesto en el que se pueda colocar al referido empleado, la empresa no está obligada a efectuar el reingreso del mismo, pero vendrá obligada a abonarle el ‘salario correspondiente a la categoría respecto de la cual se le haya reconocido la incapacidad’, mientras perdure esa situación”<sup>1589</sup>.

5.- Finalmente, también cabe la posibilidad de que, una vez extinguido el contrato por incapacidad permanente (art. 49.1.e TRET) “y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional”, si el trabajador recobra su plena capacidad laboral, el art. 2.1 Decreto 1451/1983, proclame su “preferencia absoluta para su readmisión en la última

---

<sup>1586</sup> STSJ Cataluña 20 de julio 2000 (AS 4033).

<sup>1587</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) 17 de abril 2001 (AS 2806).

<sup>1588</sup> RJ 2870. En el supuesto enjuiciado en la sentencia citada, el CCOL “Guaguas Municipales, S.A.” establece que “declarado un trabajador afecto de una incapacidad total para el trabajo habitual, la empresa asignará al trabajador incapacitado un nuevo puesto de trabajo en función de sus limitaciones, abonándosele el nuevo salario que, en función del puesto de trabajo a cubrir, le corresponda, y sin descuento de las prestaciones que por incapacidad perciba”. Un supuesto similar en, STSJ Cantabria 3 de marzo 1999 (AS 433). Un comentario al respecto, **ALONSO GARCÍA**. *Readmisión de trabajador declarado incapacitado permanente total*. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\603).

<sup>1589</sup> STSJ Cataluña 15 de noviembre 2002 (AS 2003\61). En términos similares, declarando la inexistencia de interrupción, STSJ Galicia 14 de julio 2000 (AS 2113).

En otro orden de cosas, en algún supuesto, atendiendo a la redacción prevista en la norma convencional, se ha estimado que “la antigüedad en la empresa de los trabajadores que se reincorporen a la misma después de haber sido declarados en situación de invalidez permanente total debe comprender todo el período de prestación de servicios tanto anteriores como posteriores a dicha declaración”.

Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional”. Y, para el supuesto en el que, después de recibir prestaciones de recuperación profesional, el trabajador es declarado afectado por una incapacidad permanente parcial, también tienen “preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral” (art. 2.2 Decreto 1451/1983)<sup>1590</sup>.

De todos modos, conviene advertir que la doctrina judicial ha procedido a rebajar la intensidad de esta medida y afirma que “no se regula este derecho como absoluto e incuestionable, sino que se configura con los mismos efectos que el art. 46.5º del Estatuto de los Trabajadores reconoce para las situaciones de excedencia voluntaria, esto es, como una simple preferencia al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que se produzcan en la empresa”<sup>1591</sup>.

---

<sup>1590</sup> En tal caso, el art. 3.1 Decreto 1451/1983 establece que los trabajadores “deberán comunicarlo a la Empresa, y a los representantes del personal, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente. La Empresa deberá poner en conocimiento de los trabajadores que se encuentren en tal situación, las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que el trabajador rechace un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la Empresa o de categoría inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia”. Y, el art. 3.2 Decreto 1451/1983 establece que “Cuando la Empresa tenga varios Centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, el trabajador podrá optar entre ocuparla o esperar a que exista plaza en el Centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el Centro de trabajo originario”.

No obstante, conviene tener en cuenta que el período de tiempo que media entre la extinción y la posible reincorporación no puede computar a efectos de antigüedad ni como suspensión del contrato, sino como extinción. STSJ País Vasco 23 de febrero 1999 (AS 2057). En la doctrina, compartiendo este criterio, **ORTIZ LALLANA**. *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, op. cit., p. 393 a 397; y **SALA FRANCO**. *Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales*, op. cit., p. 18. En cambio, para **GOERLICH PESET**, debe entenderse que “el Ordenamiento jurídico ha querido sujetar la eficacia de las declaraciones de voluntad en aplicación del art. 49.1.e) TRET a una verdadera *conditio iuris* de carácter resolutorio. En este contexto, la extinción por invalidez es eficaz en tanto en cuanto no se cumpla la condición ‘revisión de la invalidez’. En el momento en que ésta acaece, el negocio extintivo pierde sus efectos y el contrato se restablece en los términos del RD 1451/1983”. No obstante, puntualiza el citado autor, “esta idea no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que los períodos transcurridos en pendencia de la condición correspondan a la suspensión del contrato”. **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 67.

No obstante, como ha expuesto la doctrina laboral tradicionalmente la doctrina de suplicación se ha mostrado reticente a admitir el juego de las reglas previstas en el Decreto 1451/1983. *Vid.* al respecto, **GOERLICH PESET**. *La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo*, op. cit., p. 65 a 67.

<sup>1591</sup> STSJ Cataluña 20 de abril 1999 (AS 1041). Por tanto, prosigue el citado pronunciamiento, “es (...) perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que para estos supuestos viene señalando que, frente a la negativa empresarial al reingreso en excedencia caben dos tipos de acciones: la ordinaria de reincorporación que habrá de articularse por el procedimiento declarativo; y la de despido que ha de ser ejercitada por los trámites especiales de este procedimiento. Esta última tan sólo cabe cuando la negativa a readmitir es clara y terminante, evidenciando una inequívoca voluntad de extinguir la relación de trabajo”. En términos similares, STSJ Cataluña 20 de julio 2000 (AS 4033).

### **6.3.- Recapitulación.**

El “mapa” de la protección del empleo no quedaría completo si no hubiéramos analizado la respuesta legal prevista para los supuestos de imposibilidad objetiva. Éste es, sin duda, un supuesto de ineficacia contractual particular, especialmente, porque nos referimos a hechos sobrevenidos que, por definición, son imprevistos o, si previstos, inevitables. Lo que nos ha obligado a averiguar qué papel puede jugar la estabilidad en el empleo en su configuración.

A pesar de la *indiscutible* eficacia extintiva automática de la imposibilidad objetiva sobre el contrato, al menos, siguiendo los planteamientos de la Teoría general de los contratos y de las obligaciones, su predicación en el ámbito del contrato de trabajo debe relativizarse, como una consecuencia lógica de las características propias de las prestaciones comprometidas (en concreto, la del empresario), así como por la intensidad con la que la estabilidad en el empleo ha permeado en la configuración jurídica de este supuesto de ineficacia contractual.

A pesar de que la prestación salarial jurídicamente siempre es posible, el haz de obligaciones a las que se compromete el empresario debe ser completado con “el deber del empresario de proporcionar al trabajador ocasión de trabajo”. Por otra parte, no cabe entender que el art. 30 TRET cobije una concepción objetiva de la imposibilidad objetiva, pues, se trata de un precepto que se refiere a la *mora accipiendi*.

En lo relativo al empresario persona jurídica, las dificultades para “constatar” la concurrencia de la imposibilidad objetiva sobre la prestación empresarial (manifestadas en las dificultades, por un lado, para delimitar si la imposibilidad es o no definitiva y, por otro, para distinguirla de la excesiva onerosidad), se han traducido, como una derivación - o exigencia - de la estabilidad en el empleo, en la intervención previa de la Administración (a costa, en parte, de la eficacia extintiva automática de la imposibilidad objetiva). La voluntad de cerciorar el efectivo efecto imposibilitante del hecho obstativo y, sobre todo, la repercusión sobre la estabilidad, parecen justificar suficientemente esta mecánica procedimental. Y con mayor motivo, si, como prevé la legislación laboral, se articulan mecanismos para agilizar el resarcimiento del trabajador (según el criterio de la Autoridad Laboral). En lo que al procedimiento se refiere, si bien parece adecuada su formulación abreviada, sin necesidad de prever cauces de negociación, se echan en falta medidas que promuevan una participación de los trabajadores más activa. Especialmente, si se tiene en cuenta que, en ocasiones, los contornos entre la excesiva onerosidad y la imposibilidad objetiva no son fáciles de deslindar ni tampoco la naturaleza temporal o definitiva del hecho obstativo. Por ello, a pesar de que la Autoridad Laboral debe limitarse a confirmar la veracidad del efecto imposibilitante, no parece



que se trate de una actividad estrictamente reglada (en consonancia con la facultad para decidir el pago total o parcial de la compensación por parte del FOGASA). Por otra parte, no se comprende la absoluta falta de previsión de cauces procedimentales para resolver el contrato.

En lo que respecta al empresario persona física, el juego del art. 44 TRET es la manifestación más clara de la impronta del *favor negotii* en este supuesto de ineficacia contractual. Teniendo en cuenta que su aplicación está condicionada a la continuidad de la actividad empresarial, por lo que, si no hay continuidad no se produce la subrogación; y al no producirse ésta queda confirmada la resolución por imposibilidad objetiva. A pesar de que la concreción de si se ha producido o no una continuidad de la actividad empresarial es un elemento ‘perturbador’ a los efectos de la continuidad en el empleo, por su carácter impreciso, lo cierto es que la incidencia del principio de estabilidad, como criterio hermenéutico, ha jugado un papel importante de cara a favorecer la continuidad en el empleo.

De todos modos, del análisis del régimen jurídico de este supuesto extintivo puede observarse una cierta rémora de la lógica liberal. En concreto, si bien es cierto que está previsto un sistema de responsabilidad por riesgo, también lo es que el trabajador sigue asumiendo una parte nada desdeñable del coste derivado de la extinción del contrato. Hasta el punto que, en algún supuesto (casos de muerte, jubilación e incapacidad), la responsabilidad empresarial es prácticamente anecdótica. Por otra parte, si se acepta que se trata de una resolución por incumplimiento inimputable, no se alcanza a comprender los motivos por los que no se extiende el régimen jurídico previsto para los otros supuestos de incumplimiento inimputable (léase, excesiva onerosidad). Sin negar que las diferencias entre ambos supuestos de ineficacia son evidentes, y que por tanto la situación en la que queda la organización productiva no es la misma, tampoco puede obviarse que la situación en la que permanece el trabajador por la extinción del contrato es idéntica en un supuesto como en el otro. Motivo por el que se echan en falta medidas que traten de paliar los efectos (daños) derivados de la extinción (mediante un incremento de la compensación - en cuyo caso, sería conveniente que se previera un cauce para posibilitar la negociación con los trabajadores - o bien mediante instrumentos dirigidos a favorecer la recolocación del trabajador).

En lo concerniente al trabajador la relativización de la ‘*inapelable eficacia extintiva*’ de la imposibilidad objetiva es más acusada, con el claro propósito de favorecer la continuidad del negocio jurídico (o, incluso, de posponer el reconocimiento de una prestación de la Seguridad Social). Si bien es cierto que se trata de un fenómeno que no es apreciable cuando se trata de la muerte del trabajador, por razones obvias, si lo es, en cambio, cuando se refiere a la incapacidad permanente (con excepción de la incapacidad parcial y de las lesiones permanentes no invalidantes – que, con todas las salvedades – no excluye el recurso al art. 52.a TRET).

En efecto, la voluntad de asegurar la certeza del carácter imposibilitante del hecho obstativo es una constante que acompaña a toda la regulación normativa (especialmente de la ‘TI’ - entendida en términos amplios). Al mismo tiempo, no puede olvidarse el carácter cualificado de los daños que padece el trabajador en estas situaciones (paralelamente a la pérdida del empleo deben sumarse los producidos por la incapacidad propiamente dicha) y cómo esta circunstancia repercute en la configuración de este supuesto extintivo. El hecho de que la percepción de la prestación de la Seguridad Social no esté asegurada en todo caso, ha llevado a los órganos jurisdiccionales a convertir, en la medida de lo posible, ciertos institutos jurídico-positivos en medidas de carácter prestacional. La imposibilidad de extinguir el contrato si no media un previo reconocimiento de la prestación por incapacidad permanente, obligando a su reconducción hacia la figura de la resolución por excesiva onerosidad (art. 52 a TRET) es una muestra evidente. Solución que, por otra parte, podría discutirse, pues, para paliar el desamparo del afectado, se decide repercutir sobre el empresario un coste en el que no ha tenido responsabilidad alguna en su acaecimiento (por definición, acaecerá por contingencias comunes) y que, en cambio, es consecuencia de las insuficiencias o limitaciones del modelo de Seguridad Social.

## ***II.- Otros supuestos de ineficacia contractual.***

La resolución del contrato es uno de los supuestos de ineficacia contractual más común y, por consiguiente, uno de los factores de inestabilidad contractual más importante que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo. La atención dispensada por el ordenamiento jurídico así lo evidencia. Sin embargo, existen otros supuestos de ineficacia contractual que no responden a la lógica resolutoria y que también resultan ciertamente amenazantes. Nos estamos refiriendo al desistimiento durante el período de prueba y a la extinción contractual motivada por el cese de actividad.

### ***1.- El desistimiento durante el período de prueba.***

El período de prueba describe una fase de experimentación del contrato de trabajo de carácter temporal articulado en favor del empresario<sup>1592</sup>, en el que se “relajan substancialmente” las normas relativas a la extinción causal del contrato, pues, excepcionalmente, se posibilita el desistimiento (aunque el art. 14 TRET hable de “*resolución de la relación laboral*”)<sup>1593</sup>.

---

<sup>1592</sup> **DURÁN LÓPEZ.** *El período de prueba. Voz para una Enciclopedia, op. cit.* (versión digital).

<sup>1593</sup> **MARTÍN VALVERDE.** *El período de prueba en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 13 y 14. Uno de los aspectos más discutidos en el que gira alrededor de la naturaleza jurídica del desistimiento. Un sector, entiende que se trata de una relación contractual sometida a término preestablecido indirectamente (OSTI, *cit.* **ALBALADEJO.** *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo XV, Vol. 1º. EDESA, 1989, p. 207 y 208. En términos similares, **DE LA VILLA.** *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT, op. cit.*, p. 24). Sin embargo, a esta tesis ha sido objeto de crítica porque no distingue entre la *condición* y el *término*. En concreto, el criterio de la incertidumbre del advenimiento “que caracteriza a la condición resolutoria, y la certidumbre propia del término final, vinculado este último al irremediable transcurso del tiempo (*certus an, incertus quando*)”. De este modo, “cuando sea incierto el momento en el que debe tener fin la eficacia del contrato, en el sentido de que está pendiente, no tanto el momento, cuanto el evento futuro considerado en sí mismo (*incertus an*) se tendrá, en vez de término, condición”. Citando a MESSINEO, **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 22 (En términos similares, **BETTI.** *Teoría general del negocio jurídico, op. cit.*, p. 479 y ss. *Vid.* también, **ABELLA MESTANZA.** *Despidos especiales por razón de las personas, op. cit.*, p. 21 y ss.). Por este motivo, se afirma que se trata de un “desistimiento voluntario que funciona como una condición resolutoria, en cuanto que las partes están de acuerdo en el cambio de prestaciones mientras no se realice este suceso”. **SUÁREZ GONZÁLEZ.** *La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 25 y 28 [En términos similares, aunque centrándolo en el análisis del periodo de prueba, **ALONSO OLEA.** *El Despido, op. cit.*, p. 24; y *El despido disciplinario. Su carácter causal.* En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969, p. 44. **CABANELLAS,** analizando también el “plazo de prueba”, habla de condición resolutoria expresa del contrato de trabajo. **CABANELLAS.** *Plazo de prueba en el contrato de trabajo.* RPS nº 49, 1961, p. 24 y 40. **PENDAS DÍAZ,** analizando el período de prueba *ex art.* 14 TRET, habla de condición resolutoria - suspensiva o resolutoria potestativa - y de desistimiento. **PENDAS DÍAZ.** *Configuración legal, doctrinal y jurisprudencial del período de prueba.* DL nº 35, 1991, p. 35, 49 y ss. *vid.* también **IGLESIAS CABERO.** *Tratamiento jurisprudencial del período de prueba en el contrato de trabajo.* AL 1987 - I, p. 130 a 132. En contra, **SEMPERE NAVARRO,** a pesar del criterio de los Tribunales, afirma que “la calificación del pacto de experimentación como condición resolutoria es ‘también inaceptable’”. **SEMPERE NAVARRO.** *Resolución del vínculo laboral y período de prueba.* REDT nº 6, 1981, p. 245].

Tesis que, a su vez, es criticada porque se entiende que no se puede equiparar el desistimiento a una condición resolutoria. El art. 1115 CC declara como nulas las obligaciones condicionales puramente potestativas, puesto que, según **POTHIER,** es un contrasentido “quedar obligado cuando manifiesto mi voluntad de quedar obligado si me

Admitiendo que ésta es una consecuencia lógica derivada de la necesidad de experimentación<sup>1594</sup>, la problemática principal del período de prueba, siguiendo con MARTÍN VALVERDE, deriva de su difícil convivencia con la estabilidad en el empleo (convirtiéndose desde esta perspectiva en una institución “peligrosa”)<sup>1595</sup>. Como afirma el citado autor, “siendo el período de prueba un instrumento de evitación del riesgo contractual derivado de una vinculación con garantías más o menos fuertes de estabilidad, es claro que su sentido le ha de venir de la magnitud y de la incidencia de dicho riesgo”<sup>1596</sup>. De algún modo, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, se trata del precio que el ordenamiento tiene que pagar a cambio su garantía de la estabilidad en el empleo, pues, la experimentación es demasiado costosa<sup>1597</sup>.

---

place”. *Cit.* MONTÉS PENADÉS. *De las obligaciones puras y condicionales*. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”. Dir. ALBALADEJO. Tomo XV, Vol. 1º. EDERSA, 1989, p. 1050 [La doctrina civil distingue entre la condición meramente - o rigurosamente - potestativa, esto es, cuando la voluntad de obligarse dependa del mero arbitrio del deudor; de la simplemente potestativa, “que no invalida la obligación, cuando la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado” (p. 1053 y 1054). Pues bien, en la medida que el desistimiento se caracteriza por un nivel de esfuerzo tan leve que equivale “a dejar la obligación pendiente de la reiteración de su voluntad de quedar obligado”, no puede admitirse como una condición válida porque “no puede admitirse que la obligación haya quedado establecida en firme”. *Vid.* PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 95 y ss; y FUENTESECA. *La condición potestativa*. Dykinson. Madrid, 1999, p. 20 y ss.]. En este sentido, y recogiendo la tesis de RODRÍGUEZ-PIÑERO, que cita a MAZZAROLLI, “en el mecanismo condicionante el evento opera siempre como un hecho, incluso cuando se trate de un hecho humano voluntario, y los efectos, cuando se trate de una condición potestativa, han de referirse totalmente a la voluntad del que ha realizado el acto condicionado, nunca a la voluntad del sujeto en sí misma considerada, por lo que la afirmación de que el evento al que se liga la condición resolutoria es una decisión (como tal y no como hecho) insostenible”. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Naturaleza jurídica del período de prueba*. En “Estudios en homenaje a Jordana de Pozas”, Tomo 3, Vol. 3. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1961, p. 100 y 101 [Según ALBALADEJO, es posible admitir la validez de las condiciones potestativas sólo cuando dependan de la voluntad del acreedor, pero nunca de la del deudor. Aunque, LACRUZ BERDEJO precisa que esta posibilidad no es predicable en relación a los contratos con obligaciones de carácter correspondiente o sinalagmático, puesto que entra en juego el art. 1256 CC. LACRUZ BERDEJO. *Derecho de Obligaciones, op. cit.*, 1987, p. 204 y ss. Por su parte, MONTES PENADES niega también esta posibilidad aunque de otro modo, al considerar que deja sin causa la obligación correspondiente y por ello toda la relación. MONTÉS PENADÉS. *De las obligaciones puras y condicionales, op. cit.*, p. 1058. En términos similares, FUENTESECA, *op. cit.*, p. 40 y ss.].

Además, mientras que la condición debe pactarse en el contrato, el desistimiento es una posibilidad que, al estar admitida en el Código Civil para determinados supuestos, no precisa acuerdo alguno. PINTÓ I RUIZ. *La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC)*, *op. cit.*, p. 346 y ss; y FUENTESECA, *op. cit.*, p. 109 [Aunque, según esta última autora citada, nada obsta a que las partes acuerden una condición resolutoria, que opere a modo de desistimiento, esto es, quedando a la voluntad de los interesados no el contrato mismo, sino su duración o extensión en el tiempo].

Por todo ello, descartada la tesis de la condición resolutoria, puede afirmarse que el desistimiento consiste en la facultad libre de rescisión unilateral del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Naturaleza jurídica del período de prueba, op. cit.*, p. 106 y ss; DE VAL TENA. *Pacto de prueba y contrato de trabajo*. Civitas. Madrid, 1998, p. 163 y ss.; y, extensamente sobre las teorías dualistas y monistas, MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 193 y ss.; y OJEDA AVILÉS. *Los trabajadores temporales, op. cit.*, p. 82 y ss.

<sup>1594</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1595</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 19 y 20. De hecho, se afirma que es una brecha en la estabilidad en el empleo. MONTAÑA MELGAR. *La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo de España, op. cit.*, p. 57 y 58. Y, para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO “es el encuadramiento del período de prueba en el marco de un Derecho del Trabajo que limita la libertad de despido lo que plantea dificultades. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *El período de prueba, op. cit.*, p. 465.

<sup>1596</sup> MARTÍN VALVERDE. *El período de prueba en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 106.

<sup>1597</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *El período de prueba, op. cit.*, p. 466 y 479. Autor que sostiene que, atendiendo al origen de esta institución (esencialmente consuetudinaria), no se trata de una mera creación del Legislador, sino ante una figura estructural en respuesta a un problema práctico que su propia defensa de la estabilidad en el empleo ha generado. Y, si es una necesidad estructural, entonces “es indudable que el período de prueba supone de alguna manera una crítica del régimen común del despido en sistemas jurídicos de estabilidad en el empleo, en la medida

Motivo por el que, admitiéndose su necesaria existencia, comprensiblemente – desde esta perspectiva, claro está -, se configure con carácter restrictivo.

Ateniendo al art. 14 TRET, sin pretender realizar un estudio detallado de esta institución (ni de su recepción en la negociación colectiva), los principales elementos que, desde la perspectiva de la conservación del negocio jurídico, tratan de constriñir su uso son: 1.- Su carácter facultativo para los contratantes (por tanto, posibilitándose la renuncia); 2.- El pacto (expreso) como fuente constitutiva (no cabe su presunción)<sup>1598</sup>; 3.- La necesidad de cumplir con ciertas formalidades - por escrito - para que despliegue sus efectos típicos (*ad solemnitatem*); 4.- Su carácter temporal (diferenciándose, salvo lo que prevea el convenio colectivo, en función de la cualificación profesional y de la dimensión de la empresa<sup>1599</sup>), mediante el establecimiento de duraciones máximas y siempre al inicio del contrato; 5.- El condicionamiento de la interrupción del período de prueba en los casos de IT, maternidad, adopción y acogimiento (y ¿paternidad?) a la existencia de un acuerdo expreso; y, 6.- La *lógica* imposibilidad de recurrir a él para el caso de que el trabajador haya prestado las mismas funciones con anterioridad (por entenderse abusivo)<sup>1600</sup>.

A pesar de la previsión de estos factores limitadores, es importante tener en cuenta que el art. 14 TRET no condiciona la posibilidad de desistir a la no superación del trabajador del período de prueba (a pesar de la existencia de un deber legal de experimentación<sup>1601</sup>), otorgando al empresario una libertad de movimiento ciertamente amplia – pues, no se exige justificación alguna (lo que puede derivar fácilmente en actuaciones abusivas<sup>1602</sup>). De modo que, nos añadimos a las críticas de un sector de la doctrina que sostiene que, con la reforma de 1994 se ha perdido la oportunidad de acotar la arbitrariedad empresarial, vinculando el desistimiento con la aptitud, comportamiento y rendimiento mostrado del trabajador<sup>1603</sup>. En cualquier caso, existe un límite que no puede sobrepasarse: que con su ejercicio se alcancen resultados inconstitucionales<sup>1604</sup>. Aunque se trata de una frontera ciertamente excepcional.

---

en que expresa sus limitaciones para asegurar un desarrollo adecuado de la relación de trabajo, al menos en su fase inicial, exigiendo por ello una excepción o inaplicación para ésta” (p. 467). Aunque, luego, concluya afirmando – después del análisis de este instituto jurídico - que los problemas que plantea este “enclave de despido libre”, es la mejor crítica al despido libre (p. 480).

<sup>1598</sup> Aunque como ha apuntado un sector de la doctrina, “la naturaleza paccionada del período de prueba no asegura un auténtico acuerdo de voluntades sobre la constitución de éste, como es frecuente en el ámbito de las relaciones de trabajo”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *El período de prueba*, op. cit., p. 469.

<sup>1599</sup> *Vid.* al respecto, **PIQUERAS PIQUERAS**. *La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, p. 85 y 86.

<sup>1600</sup> *Vid.* al respecto, **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *El período de prueba*, op. cit., p. 470.

<sup>1601</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *El período de prueba*, op. cit., p. 476.

<sup>1602</sup> **MARTÍN VALVERDE**. *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op. cit., p. 162 y ss.; y **PIQUERAS PIQUERAS**. *La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo*, op. cit., p. 82.

<sup>1603</sup> **PASCUAL ALLÉN**. *Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo*. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 76. En términos similares, **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO**. *El período de prueba*, op. cit., p. 476 y 477.

<sup>1604</sup> STC nº 94, 16 de octubre 1988 (RTC nº 94). *Vid.* al respecto *supra*.

Para concluir, siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, el período de prueba no es más que un sistemático debilitamiento de la estabilidad del contrato de trabajo en sus primeras fases; de modo que va consolidándose con el tiempo, y es el transcurso de éste el que hace al trabajador acreedor de una protección progresivamente incrementada contra la extinción injustificada<sup>1605</sup>.

---

<sup>1605</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. *El período de prueba*, op. cit., p. 480.

## ***2.- La extinción del contrato fundada en la libertad de empresa: el fin de la actividad productiva.***

Los supuestos de cierre de empresa, en términos generales, pueden reconducirse a dos casos paradigmáticos: por un lado, cabe la posibilidad de que el empresario decida cerrar porque la organización productiva se encuentra en una situación de dificultad o en crisis. Por otro lado, es posible que el cierre esté motivado “simplemente” por la falta de interés del empresario en el desarrollo de la actividad empresarial, pues, es claro que las sociedades pueden voluntariamente acordar su disolución. Decisión frente a la que el Derecho del Trabajo nada puede hacer, salvo *paliar sus efectos*, tal y como se está evidenciando con el fenómeno conocido como “deslocalizaciones empresariales”<sup>1606</sup>.

Desde un punto de vista de su tratamiento legislativo, el ordenamiento jurídico ofrece dos vías para canalizar estas situaciones. Dependiendo de cual sea la situación patrimonial, puede optar por la vía del concurso, sometiéndose a la Legislación concursal<sup>1607</sup> o bien acudir al procedimiento extraconcursal regulado en el TRET. Dejando al margen la situación de concurso, ya analizada con anterioridad, en la legislación laboral no existe un régimen jurídico específico para el cierre de empresa, reconduciéndose a lo previsto en los arts. 51 y 52.c) TRET<sup>1608</sup>. Circunstancia que, como se analizará, suscita importantes problemas de encaje dogmático y sustantivo.

Tal y como se ha manifestado con anterioridad, éste es el único supuesto extintivo que tiene un anclaje consustancial con la libertad de empresa (art. 38 CE). Pues, forma parte del contenido esencial de este derecho la posibilidad de poner fin a la actividad empresarial en el momento que se estime oportuno. Lo que lo convierte en un fenómeno que, desde un punto de vista jurídico, difícilmente puede evitarse. De hecho, en las Conclusiones de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, titulada “*Algunas cuestiones clave de la competitividad en Europa: hacia un enfoque integrado*”<sup>1609</sup>, se afirma que “las deslocalizaciones y demás ajustes son, en consecuencia, ineludibles, con las cargas sociales y económicas que esto conlleva para las personas directamente afectadas”. Y, éste es uno de los mayores retos que se le plantea a las economías de la Unión Europea. En este contexto, asumiendo que no se está suscitando un replanteamiento del paradigma sobre el que se sustenta el modelo (esto es, la validez del art. 38 CE), las opciones posibles se circunscriben a la búsqueda de mecanismos de fraccionamiento de los costes para que no sean los trabajadores

---

<sup>1606</sup> *Vid.* al respecto, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 242 y ss.

<sup>1607</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1608</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 259.

<sup>1609</sup> Puede consultarse en: [http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise\\_policy/industry/doc/com704\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/industry/doc/com704_es.pdf)

individualmente considerados (o sus familias) o las arcas públicas, las que acaben asumiendo la mayor parte de los costes derivados de estas decisiones empresariales. La cuestión es si las Administraciones públicas españolas están haciendo una monitorización exhaustiva del proceso de recolocación al que se ha comprometido la empresa; o, dicho de otro modo, si tales medidas de recolocación son eficientes. Aspecto extraordinariamente relevante, pues, de él depende de que el coste que deba asumir el trabajador por la extinción del contrato sea mayor o menor. Aspecto que, por cierto, será objeto de análisis en la *Segunda Parte* de este estudio.

Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, este supuesto extintivo tradicionalmente ha suscitado un intenso debate doctrinal. El art. 77.6 LCT<sup>44</sup>, disponía que “el contrato de trabajo terminará por cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones legales en vigor”. Cambio sustancial, si se tiene en cuenta que hasta la fecha, bastaba la mera voluntad del empresario para extinguir los contratos, estando obligado al preaviso o bien a la compensación económica correspondiente, *ex art.* 46 LJM<sup>31</sup>. La posterior promulgación del DCr<sup>44</sup> planteó numerosas discusiones entre la doctrina. Concretamente, el DCr<sup>44</sup> exige una autorización administrativa previa, “a toda empresa para suspender o cesar en sus actividades y, por consiguiente, para dar por suspendidas o extinguidas, según los casos, sus relaciones laborales con el personal” (art. 1). En primer lugar, la doctrina discute si la cesación de industria sólo puede dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo si está fundada en una crisis laboral o económica<sup>1610</sup>; o bien no es necesario que la crisis laboral o económica finalice en todo caso con el cierre de la empresa<sup>1611</sup>. Criterio que finalmente se impone. Por lo que la disolución de la sociedad no tiene que estar motivada única y exclusivamente en la una crisis económica o laboral. Por otro lado, la dicción del art. 77.6 LCT<sup>44</sup> plantea la necesidad de determinar el alcance de la preceptiva autorización administrativa: o bien se ciñe a los supuestos de crisis o bien debe extenderse a otros supuestos, como la disolución de la empresa. MARAVALL CASESNOVES considera que la autorización previa no restringe en absoluto la capacidad disolutoria del empresario, por lo que la autorización previa sólo tiene la virtualidad de informar al Magistrado de la existencia o no de una crisis a efectos de determinar el importe de la indemnización<sup>1612</sup>. DE LA VILLA sostiene que la disolución de la empresa, con independencia de la motivación que la sostenga, no precisa de la autorización administrativa previa<sup>1613</sup>. En cambio, SUÁREZ GONZÁLEZ defiende otra postura. En primer lugar, entiende que la cesación de industria no constituye un supuesto extintivo con

---

<sup>1610</sup> BENÍTEZ DE LUGO. *Extinción del Contrato de Trabajo*, *op. cit.*, p. 53; y ALONSO GARCÍA. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 538.

<sup>1611</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 207 y 208; y MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1612</sup> MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 24 y 25.

<sup>1613</sup> DE LA VILLA. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*, *op. cit.*, p. 241 a 243.



suficiente entidad jurídica, puesto que puede incardinarse en alguna de las siguientes circunstancias extintivas: imposibilidad sobrevenida, excesiva onerosidad sobrevenida y cesación voluntaria de las actividades. En segundo lugar, entiende que es preceptiva la autorización administrativa en los supuestos de cesación de la industria siempre que la misma sea voluntaria (excesiva onerosidad sobrevenida y cesación voluntaria), porque de otro modo daría lugar a situaciones de fraude<sup>1614</sup>. Criterio que finalmente acabará imponiéndose y que permanecerá invariable en el DPE'72, la LRL'76 y el RDLRT'77.

La regulación vigente en el TRET (muy similar a la prevista en el art. 49.9 ET'80<sup>1615</sup>) es una derivada del sistema previsto en el DCr'44, pues, el papel de la Autoridad Laboral sigue siendo muy importante. En la actualidad, como se sabe, el cierre de empresa debe tramitarse conforme a lo previsto para los ERE por causas de empresa, salvo que la medida afecte a cinco o menos trabajadores, en cuyo caso, basta con seguir el trámite previsto en el art. 52.c) TRET<sup>1616</sup>.

El ordenamiento jurídico condiciona la extinción del contrato al cumplimiento de dos requisitos: la concurrencia de las denominadas “causas de empresa”, por un lado; y a la preceptiva autorización administrativa, previa negociación con los representantes de los trabajadores, por otro (salvo que sea de aplicación el art. 52.c) TRET). En términos generales, la cuestión está en determinar si la necesidad de acreditar este desequilibrio y la intervención previa son compatibles con el contenido esencial de la libertad de empresa; o bien, cabe entender que su exigencia es contraria a dicho derecho. Sin duda, el derecho a la libertad de empresa puede estar sometido a ciertas restricciones. Desde la perspectiva constitucional, debe admitirse como válida la posibilidad de imponer algunas restricciones, siempre que respondan al principio de proporcionalidad. Limitaciones legitimadas, por tanto, siempre que sean estrictamente indispensables para alcanzar la finalidad que la norma se propone<sup>1617</sup>.

Desde este enfoque, en lo relativo al primer requisito (esto es, la exigencia de un desequilibrio), cabría defender la legitimidad del mismo. Sin embargo, a nuestro modo de ver, debe descartarse porque, desde un punto de vista jurídico, se trata de una cuestión absolutamente desubicada de su contexto natural. De hecho, la doctrina ha destacado que en

---

<sup>1614</sup> **SUÁREZ GONZÁLEZ**. *La terminación del contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 189 y 190. En términos similares - sólo en el resultado pero no en la fundamentación jurídica -, **ALONSO GARCÍA** considera que la autorización administrativa sólo es preceptiva para el supuesto de crisis económica o laboral y no cuando ésta se fundamente en imposibilidad sobrevenida. **ALONSO GARCÍA**. *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 538. Finalmente, **ALONSO OLEA** afirma que la autorización administrativa es precisa en los supuestos de fuerza mayor (en los que incluye los supuestos de crisis) que afecten a una colectividad de trabajadores. **ALONSO OLEA**. *El Despido*, *op. cit.*, p. 60 y 61.

<sup>1615</sup> No obstante, es importante advertir que durante la vigencia del ET'80 se discutía si en los supuestos de cese de actividad que afectara a una empresa con un solo trabajador debía procederse a la tramitación del expediente de regulación de empleo o bastaba con acudir al art. 52.c) TRET.

<sup>1616</sup> SSTs 30 de septiembre 2002 (RJ 10679); 25 de noviembre y 8 de marzo 1999 (RJ 8745 y 2117); y 14 de junio 1996 (RJ 5162).

<sup>1617</sup> **RUBIO LORENTE**. *La libertad de empresa en la constitución*. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993, p. 38.

estos supuestos no son exigibles el conjunto de elementos que configuran la estructura resolutoria prevista en el art. 51 TRET<sup>1618</sup>. Como apunta PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, la configuración actual de este supuesto extintivo, provoca que el empresario con la Ley en la mano, no sepa a ciencia cierta qué es lo que debe demostrar, pues, “las causas legales en los términos previstos en la Ley no son susceptibles de acreditación porque son contradictorias con la decisión de cierre mismo”<sup>1619</sup>. Lo que, retomando la exposición de la descripción de las causas de empresa, confirma que la tesis, anteriormente descrita, en virtud de la cual se entiende que las “*finalidades*” son un elemento intrínseco a la propia definición de la “*causa*” (las denominadas CETOP) y que coadyuva a discernir cuándo concurre una onerosidad excesiva. Las “*finalidades*”, por consiguiente, no hacen más que concretar cuándo debe considerarse que el *alea* excede de lo normal (previsto). Y, más concretamente, están delimitando la intensidad del riesgo; y *objetivando* el interés empresarial o, si se prefiere, describiendo el interés de empresa<sup>1620</sup>. Por consiguiente, la lógica resolutoria prevista para los supuestos de excesiva onerosidad no se adapta a los supuestos de cierre de empresa, no porque las “*finalidades*” no puedan adaptarse a su planteamiento (pues, cabría defender que sólo se refieren a un mínimo), sino porque la *razón* o *causa* que justifica la resolución no encaja con su planteamiento jurídico-dogmático.

En cambio, el requisito de la autorización administrativa tiene un perfecto encaje en esta lógica, pues, responde a parámetros de política legislativa y, en concreto, en la necesidad de ponderar todos los intereses concurrentes. Admitido, por tanto, que el empresario puede cerrar la empresa en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, también cabe admitir como legítima la posibilidad de someter esta decisión al control previo de la Autoridad Laboral, pues, no puede olvidarse que, junto al citado derecho, también se reconoce el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo (art. 35 CE), además de decretarse la función social de la propiedad (art. 33.2 CE)<sup>1621</sup>. De todos modos, la prevalencia de la libertad de empresa sobre el derecho al

---

<sup>1618</sup> GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 381 y 382: “es obvio reconocer la inaplicación a este caso de la exigencia porcentual o numérica de trabajadores afectados por la extinción ya que claramente vienen a ser todos los de la plantilla, e igualmente los fines del *despido* colectivo concretados en superar la situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo quedan fuera del presupuesto contemplado en el párrafo 3 del art. 51”.

<sup>1619</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 259. Y, LÓPEZ GÓMEZ afirma que la definición de las causas “no sirve a tal efecto, pues en otro caso esa norma resultaría inaplicable”. LÓPEZ GÓMEZ. *Las causas económicas y empresariales de despido*, op. cit., p. 48. De hecho el propio TS ha afirmado que el plan de viabilidad “carece de toda razón de ser cuando la extinción de contratos lleva aparejado un cierre de la empresa que presupone el tácito reconocimiento por el empresario de su absoluta y definitiva falta de viabilidad”. STS 30 de septiembre 2002 (RJ 10679).

<sup>1620</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1621</sup> Además, como se sabe, en la Constitución española se establecen otras limitaciones a la libertad de empresa: posibilidad de “intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general” (art. 128.2); el compromiso de velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales” (art. 45.2); la declaración de que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general” (art. 128.1); y el reconocimiento de que el “Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

trabajo en estos supuestos es clara, y hasta cierto punto lógica desde una perspectiva constitucional, pues, probablemente, la prevalencia del segundo (trabajo) sobre el primero (empresa), supondría restringir el cierre de empresa a los supuestos de imposibilidad objetiva, lo que, a fin de cuentas, supondría negar el derecho a la libertad de empresa en su dimensión a no imponer su continuidad.

Partiendo de la base de la imposibilidad de imponer la continuidad en la actividad, la función que debe desarrollar la Autoridad Laboral en estas situaciones queda muy restringida. Limitándose fundamentalmente a dos aspectos: primero, a evaluar la situación real de la empresa a los efectos de valorar su capacidad económica y la posibilidad de acercar la compensación económica al daño realmente padecido por el trabajador por la pérdida de su empleo (esto es, a la posibilidad de incrementar la indemnización legal tasada)<sup>1622</sup>. Debiéndose reparar que éste sería el único momento (junto al de inicio del período de consultas con los representantes de los trabajadores) en el que cobra sentido que se exija al empresario la acreditación de los motivos que le han llevado al cierre de la empresa. Por consiguiente, puede afirmarse que la acreditación de las causas de empresa en el supuesto de cierre de empresa sólo puede repercutir en la cuantía de la indemnización que deberá satisfacer el empresario y no en la efectiva extinción de los contratos de trabajo, pues, ésta es una consecuencia que se decanta del contenido del propio texto constitucional. En definitiva, se establece una “causalidad de la indemnización” pero no a la extinción del contrato<sup>1623</sup>. Importe cuya importancia desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo está fuera de toda duda, en tanto que se erige en un poderoso argumento disuasorio para el empresario.

El segundo aspecto sobre el que la Autoridad Laboral debe centrar sus esfuerzos, y cuya intervención tiene pleno sentido, es en exigir a la empresa la configuración de un plan de acompañamiento social que ofrezca medidas paliativas eficaces frente al desempleo. La finalidad, por tanto, es exigir a la empresa que asuma una parte de los costes derivados de su decisión – liberando, en parte, a las arcas públicas y a los propios trabajadores. Aspecto, también, sumamente importante desde la perspectiva de la salvaguarda del empleo, por cuanto que al encarecer la decisión de cerrar la empresa (el empresario asume unos costes que tradicionalmente han sido asumidos por la sociedad en su conjunto), contribuye (en la

---

<sup>1622</sup> Aunque en la práctica, como ha destacado la doctrina, la actividad de la Autoridad Laboral se esté dirigiendo a forzar el incremento de la compensación económica, so pena de no autorizar la extinción de los contratos. **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*, op. cit., p. 259.

<sup>1623</sup> Repárese que se asume la tesis mantenida por GORELLI HERNÁNDEZ con respecto al régimen jurídico de la resolución del contrato (**GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 39), aunque con la particularidad de que sólo se admite en el supuesto de extinción por extinción de la personalidad jurídica del empresario, por ser el único supuesto en el que la extinción del contrato se fundamenta en la libertad de empresa.

En la práctica, se acostumbra a alegar la situación económica negativa de la empresa para proceder a la extinción de los contratos (así como el cierre efectivo de la empresa). Por ejemplo, *vid.* SSTSJ Castilla La Mancha 19 de julio 2006 (JUR 258698); y 28 de diciembre 2005 (JUR 2006\74319); Galicia 26 de marzo 2001 (AS 453).

intensidad que socialmente se estima como adecuada) de algún modo a salvaguardar el empleo existente, mediante la postergación de ciertas decisiones de cierre.

Desde esta perspectiva, no se entiende el tratamiento diferenciado que prevé la legislación española para las empresas con 5 o menos trabajadores, pues, conduce a resultados diferenciados, a nuestro modo de ver, de difícil justificación. Especialmente, porque en el contexto productivo actual, las dimensiones de una organización empresarial en términos del número de trabajadores, no es sinónimo de “empresa pequeña” en términos económicos y de relevancia en el mercado y, por tanto, de su capacidad para compensar adecuadamente la pérdida del empleo del trabajador y de configurar un plan de acompañamiento social. Sin duda, esta diferenciación se traduce en la condena a los trabajadores a una compensación económica comparativamente menor a la que puede obtenerse si se tramita un ERE y, por consiguiente, a potenciales situaciones de infracompensación.

En cuanto a la procedimentalización de este supuesto extintivo, salvo que la medida afecte a empresas con cinco o menos trabajadores, deberá seguirse el trámite previsto para las resoluciones colectivas por causas de empresa (art. 49.1.g TRET)<sup>1624</sup>. La aplicación del art. 51.1.3º TRET está condicionada a la “cesación efectiva y definitiva” de la actividad empresarial (por tanto que no sea continuada por el propio empresario)<sup>1625</sup>. Por otra parte, se exige que la medida afecte a la “totalidad de la plantilla de la empresa”. Sin que, por tanto, pueda calificarse como un supuesto de cese de actividad el cierre uno de los centros de trabajo de los que cuenta la empresa<sup>1626</sup>. Un aspecto no resuelto por la norma es el relativo al período de tiempo de referencia que debe tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de extinciones, así como a la tipología de las extinciones a tener en cuenta a los efectos de dicho cómputo. En este sentido, la doctrina ha estimado que son aplicables las normas previstas para los ceses colectivos<sup>1627</sup>. Aunque no existe unanimidad<sup>1628</sup>. A nuestro modo de ver, parece razonable suplir este silencio

---

<sup>1624</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>1625</sup> Pues, si el empresario continúa con la actividad y afecta a más de cinco trabajadores pero está por debajo de los umbrales de efectivos y afectados previsto en el art. 51.1 TRET deberá acudir al procedimiento previsto en el art. 52.c) TRET. **DEL REY GUANTER**. *Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)*, *op. cit.*, p. 190; y **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 71.

Los órganos jurisdiccionales han estimado que las tareas de liquidación de una auxiliar administrativa no es en absoluto signo de continuidad del negocio. STSJ Castilla y León (Burgos) 14 de septiembre 2004 (AS 2005\215). Es decir, que “no es preciso que los contratos de la plantilla se extingan todos en la misma fecha, siendo por el contrario lo más lógico que al menos parte de ellos se mantengan vigentes hasta culminar con la fase de liquidación”. SJS Madrid (nº 33) 26 de julio 2004 (AS 1912).

<sup>1626</sup> SSTSJ Madrid 23 de marzo 2004 (JUR 238230); y País Vasco 17 de junio 2003 (JUR 190674). Y, en la doctrina, **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 407.

<sup>1627</sup> **RAMÍREZ MARTÍNEZ**. *El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo*, *op. cit.*, p. 71; y **VALDÉS DAL-RÉ**. *Los despidos por causa económica*, *op. cit.*, p. 412.

<sup>1628</sup> En contra, **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ**. *La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 381 y 382.

legislativo con las normas que se prevén con carácter general en el art. 51.1 TRET<sup>1629</sup>. Por otra parte, también parece oportuno extender a estos supuestos las normas dirigidas a evitar lo que se conoce como “goteo artificial de ceses”<sup>1630</sup>.

No obstante, recientemente para un sector de la doctrina judicial, el empresario tiene reconocida la facultad de decidir si opta por acudir al trámite previsto en el art. 51 TRET o bien a un acuerdo individual con el trabajador si resulta más beneficioso para éste (normalmente porque se ofrece una indemnización mayor o bien se le acaba recolocando en un nuevo empleo)<sup>1631</sup>. Interpretación que no puede aceptarse porque, por un lado, la necesidad de tramitar el expediente de regulación de empleo no está sujeto a un principio dispositivo. Por otro lado, la obligación del empresario no se circunscribe a una compensación económica, sino que, como se sabe, también está obligado a configurar un plan de acompañamiento social, así como a la necesidad de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero 1967 (art. 51.15 TRET). Por ello, la extinción debe calificarse como nula, aunque cerrada la empresa, deba reconducirse a la solución que prevé el art. 284 TRLPL.

De todos modos, la posibilidad de proceder a la disminución de la plantilla mediante “bajas incentivadas” es una vía para eludir los trámites procedimentales exigidos por la legislación laboral. Frente a esta práctica extendida, resulta ciertamente difícil que desde un punto de vista jurídico puedan hallarse argumentos para impedirlo.

---

<sup>1629</sup> Esta solución, “parece razonable, pues una vez decidida la no continuación de la actividad productiva, la extinción de los contratos de trabajo normalmente se irá haciendo de manera gradual, conforme se vayan liquidando las operaciones y compromisos pendientes”. **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1630</sup> **NORES TORRES**. *El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>1631</sup> De todos modos, para la STSJ País Vasco 28 de marzo 2006 (AS 1806) “el art. 51.2 del ET, cuando contempla la solicitud de autorización para la extinción de contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo, se refiere previamente al ‘empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo’, modalidad de despido que permite se beneficie de la extinción con las indemnizaciones previstas en el art. 51.8 del ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades), inferiores a las previstas para el despido ordinario (cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades); la tercera, que en este supuesto el empresario no se ha querido beneficiar con tal modalidad de despido, sino que ha optado por llegar a acuerdos individuales con los trabajadores indefinidos, de forma que, mejorando las anteriores previsiones de extinción, a unos les ha indemnizado en virtud del despido ordinario, y a otros les ha recolocado en otras sociedades de carácter municipal”. Pronunciamiento que sigue el criterio mantenido por las SSTSJ País Vasco 14 de febrero 2006 (AS 1417); Baleares 14 de octubre 2004 (AS 3181); Galicia 6 y 10 de marzo 2003 (AS 2969 y 3059). En contra, STSJ Canarias (Tenerife) 14 de junio 2006 (AS 3163); Comunidad Valenciana 15 de abril 2005 (JUR 164882);



### ***III.- Recapitulación.***

A lo largo de este *Epígrafe C* de este *Capítulo IV* hemos intentado demostrar que la configuración restrictiva de la ineficacia contractual y, en especial, de la resolución contractual es un *instrumento* privilegiado en la conservación del negocio jurídico, pues, en último término, describe la intensidad con la que el Legislador aspira a preservar la continuidad del contrato de trabajo. En definitiva, nuestra intención era remarcar con claridad que se trata de un *fenómeno jurídico* que delimita la frontera entre el empleo y la situación de desempleo no voluntaria. Esto es, que es un elemento capital en la protección del empleo y un factor predominante en la descripción del “mapa” de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español.

En efecto, el régimen jurídico de la resolución del contrato repercute en el comportamiento de los individuos, promocionando determinadas conductas socialmente aceptadas y disuadiendo otras que reciben una mayor reprobación. La cuestión a dilucidar es si la norma jurídica es capaz de influir en el comportamiento de los individuos de un modo eficiente y si, a fin de cuentas, se alcanza el nivel de estabilidad que la sociedad estima como idóneo. Incógnita que puede tratarse de esclarecer a partir de la capacidad conductista de la economía y que, como ya se ha advertido reiteradamente, justifica la *Segunda Parte* de este trabajo. De todos modos, con carácter previo al empleo del método analítico de la economía, hemos afirmado que era imprescindible que, desde la dogmática jurídica, quedaran perfectamente delimitadas las instituciones que serán objeto de estudio.

El régimen jurídico de la resolución prevista en los arts. 49 a 56 TRET se rige por planteamientos estrictamente contractuales, inspirados en la lógica liberal. Los motivos resolutorios se reducen a tres: incumplimiento imputable, excesiva onerosidad sobrevenida e imposibilidad objetiva. Lo que describe una notable heterogeneidad de riesgos y, por consiguiente, respuestas político-legislativas diferenciadas. A pesar de ello, podemos afirmar que la columna vertebral del régimen jurídico de la resolución del contrato (el mínimo denominador común) gravita, por efecto del principio de estabilidad en el empleo, por un lado, en el principio de causalidad, esto es, de la interdicción de la arbitrariedad, so pena de sanción; y, por otro, en la concepción restrictiva de los motivos resolutorios. Acompañado, como una derivada de estos elementos, de un determinado cauce procedimental con el fin de monitorizar el motivo resolutorio alegado (y descartar toda sospecha de arbitrariedad). Fruto de todo ello, y en comparación con el régimen de derecho común del que deriva, se constata que, el ámbito de aplicación del desistimiento ha quedado sustancialmente circunscrito y sólo se admite durante el período de prueba (siempre que no suponga una vulneración de los derechos fundamentales). Facultad cuyo reconocimiento queda justificado por la intensidad

con la que el ordenamiento jurídico persigue el *favor negotii*. Aunque sería deseable que, dada la arbitrariedad a la que puede dar lugar y, sobre todo, las facilidades existentes para comprobar la idoneidad o no del trabajador recién incorporado, se configure de un modo más restrictivo. Mención aparte merece las extinciones contractuales provocadas por el cese en la actividad empresarial. Se trata de una manifestación directa del contenido del art. 38 CE, estructurada a partir de la “causalidad de la indemnización”, y en la que mecanismos de monitorización existentes están absolutamente justificados.

En lo que concierne específicamente a los diversos supuestos resolutorios, podemos concluir la naturaleza nuclear de la estabilidad en el empleo en su configuración.

- En lo que al despido se refiere, aseveramos que se trata de un supuesto de resolución (extrajudicial) por incumplimiento imputable del trabajador (por consiguiente, descartándose las tesis que lo apartan de la lógica estrictamente contractual). Del análisis del régimen jurídico del despido se desprende que los principales elementos sobre los que se construye la idea de conservación del negocio jurídico son tres. Primero, la concepción restrictiva de las causas de despido (desvinculadas de toda connotación de naturaleza penal). Segundo, la previsión de una serie de formalidades, establecidas con el objeto de canalizar y monitorizar la decisión extintiva empresarial. Y, tercero, la nulidad del negocio jurídico en que consiste la decisión de despedir sin motivo suficiente o por incumplimiento de los requisitos de forma (*ad solemnitatem* y *sustantivización de las normas procesales*), con la consiguiente responsabilidad por mora del empresario (naturaleza salarial de los salarios de tramitación) y la condena a la readmisión del trabajador, sólo eludible en los supuestos de improcedencia. En cuyo caso, cabe sustituirla por una compensación económica tasada (que no es más que la prestación por equivalente por la no readmisión). Por lo que en todas las resoluciones injustificadas (no sólo en las nulas), en aplicación supletoria del art. 1124 CC, cabe exigir una indemnización de daños y perjuicios complementaria. Lo que, sin duda, se erige en el argumento medular para afirmar (junto con otros elementos “modificativos” y suspensivos ya expuestos – por cierto, también muy relevantes) que, a pesar de la reforma legislativa de 1994 (especialmente, en lo que concierne a la rebaja de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de los requisitos de forma), la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español se encuentra en una fase expansiva.

La posible limitación de los salarios de tramitación (si se reconoce la improcedencia antes de la conciliación preprocesal), es una derivada del principio de economía procesal que tiene sus orígenes en 1908. Teniendo en cuenta que, reconocida inicialmente la improcedencia, el empresario no está facultado para defender la procedencia en un juicio.

En la declaración de nulidad por vulneración “objetiva” y “subjetiva” de derechos fundamentales, la continuidad del contrato de trabajo y, en especial, el efectivo interés del



trabajador por ella, tiene un carácter subsidiario (aunque esta sea el principal efecto visible). En realidad, el mensaje es que en el Estado de Derecho tales comportamientos son admisibles bajo ningún concepto. El cumplimiento “en sus propios términos” y el incremento sustancial de las medidas coactivas a los potenciales “agresores” (sanción administrativa – LISOS - y posible reclamación de daños y perjuicios) quedan justificados desde esta perspectiva. Aunque en la redacción actual aún queda margen para mejorar la respuesta legal.

La “relatividad” con la que se sanciona el incumplimiento de los requisitos de forma (evidenciando la ambigüedad en su formulación legal – incluso, respecto de los *estatutos procedimentales especiales*), así como las facilidades para el cumplimiento por equivalente (intensificadas en tanto que la opción por la readmisión puede ser fácilmente revocada en la fase ejecutiva), limitan sustancialmente las opciones para que se cumpla la obligación *in natura*. Lo que convierte al importe de la prestación por equivalente (y a su posible compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios) en el verdadero árbitro de la estabilidad en el empleo. Desde esta perspectiva entendemos que el concepto de *estabilidad real* no está consustancialmente vinculado a la readmisión forzosa, sino que también puede predicarse respecto de los supuestos en los que la readmisión puede substituirse por una compensación económica. En tal caso, todo depende de su cuantía y del valor que le atribuya el empresario a la readmisión.

Teniendo en cuenta que el empleo no puede mantenerse a cualquier precio y que el ordenamiento jurídico poco puede hacer ante comportamientos imputables del trabajador (salvo hacer un planteamiento restrictivo de los motivos resolutorios y exigir ciertas garantías procedimentales para descartar toda sospecha de arbitrariedad en la decisión empresarial y favorecer la defensa del trabajador), la clave de bóveda del sistema reside en el tratamiento jurídico de las resoluciones empresariales injustificadas. Y, en este sentido, la dimensión preventiva de la lógica resolutoria aplicable a estos supuestos es evidente, pues, al cuantificar anticipadamente el valor de las resoluciones injustificadas está describiendo un *precio a una conducta socialmente indeseable* y, por consiguiente, está marcando la intensidad con la que se quiere evitarlas. La pregunta es si dicho precio se corresponde o no con el nivel de estabilidad socialmente deseado. En definitiva, si el conjunto de normas legales que regulan estas cuestiones son eficientes a la hora de alcanzar las necesidades sociales. Al margen de lo que se expondrá en la *Segunda Parte* de este estudio, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios en los despidos improcedentes (y nulos), en tanto que puede traducirse en un encarecimiento de los comportamientos ilícitos, muestra su potencial disuasivo y, por ende, es un elemento de protección del empleo sumamente interesante. De hecho, podemos afirmar que, transcurrido un siglo y alcanzado un elevado desarrollo del Estado Social y de Derecho, la garantía de una pronta compensación, obtenida a través de un cauce – relativamente – poco

costoso, ya no es un argumento válido para impedir que los trabajadores traten de exigir la *restitutio in integrum* en las extinciones ilícitas. Aspectos sobre los que el método analítico de la economía puede ofrecernos algunas luces.

- En cuanto a la facultad resolutoria del trabajador *ex art. 50 TRET* está fuertemente impregnada de la idea de la conservación del negocio jurídico. Se trata de una facultad del trabajador que, al igual que el despido, debe ubicarse en la órbita del art. 1124 CC (en esta ocasión, resolución judicial), pese a las particularidades del concepto de “imputabilidad” atribuidas por la interpretación de los órganos jurisdiccionales (especialmente, en lo que al incumplimiento de la obligación salarial se refiere; no así respecto de la modificación sustancial que redunde en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad). Pudiéndose exportar gran parte de los aspectos apuntados con ocasión del despido (salvo en lo relativo a los salarios de tramitación, pues, en principio, no se devengan).

- La resolución del contrato por excesiva onerosidad plantea numerosos problemas jurídicos. Especialmente por dos factores: primero, por las dificultades para determinar la intensidad del desequilibrio contractual exigido para justificar la resolución; y, segundo, porque a pesar de su acaecimiento, el cumplimiento del contrato sigue siendo posible – quedando la ineficacia a expensas de una decisión del acreedor. Indefiniciones especialmente perturbadoras desde la perspectiva de la política legislativa, y que se han proyectado, en mayor o menor medida, a los diversos supuestos resolutorios que posibilitan la resolución por este motivo recogidos en el ordenamiento jurídico. Ambigüedades “soportables” por el sistema siempre que, por lo menos, exista certeza respecto de las posibles responsabilidades que pueden derivarse de la resolución lícita y de la ilícita (que no debe confundirse con el conocimiento anticipado de su concreta cuantificación) y de las garantías existentes para monitorizar todo el proceso resolutorio. Planteamiento que debe complementarse con la idea de que el causante y principal beneficiario del riesgo deba soportar, por lo menos, una parte de los daños derivados de su acaecimiento.

La resolución por “causas de empresa” opera conforme a tres vectores: una excesiva onerosidad sobrevenida, la responsabilidad por riesgo del empresario y su canalización formal. En cuanto al concepto de “causas de empresa”, debemos subrayar la consustancial vinculación entre la resolución por excesiva onerosidad por causas de empresa y la estabilidad en el empleo. Entendemos que en estos supuestos la posibilidad de resolver el contrato se justifica sólo en tanto que posibilita la continuidad de la organización productiva y con ella, la de los empleos a ella vinculados. Planteamiento que, más allá de lo que pudiera pensarse, no difiere en exceso del mantenido durante la II República y el franquismo, salvo en lo relativo al *modo* a través del cual se pretende alcanzar la continuidad de la actividad productiva (hoy en día, a través de la - siempre optimizable – competitividad). La penetración de esta concepción

esencialmente económica (y liberal) en las entrañas de la estabilidad en el empleo, tiene un efecto absolutamente perverso, pues, acaba describiendo un escenario de cambio crónico, sometiendo a los trabajadores a un “chantaje” permanente; pues, deben renunciar a lo único que efectivamente le protege (esto es, el contrato) con el fin de que se mantenga el empleo de otros trabajadores. Planteamiento en el que la dimensión organizativa del contrato se muestra en todo su esplendor.

Por otra parte, en lo que hace referencia a la resolución por ‘causas de empresa’ y su conceptualización legal (y jurisdiccional) más flexible, en puridad, no debe evaluarse como un proceso degenerativo, sino que es una “consecuencia natural” de la inoculación de planteamientos con claros perfiles económico-liberales en la realidad jurídica. En definitiva, conviene ser conscientes que (frente a quienes añoran tiempos pasados) de nada sirve exigir un retorno a concepciones más restrictivas, si antes no se sustituyen los postulados económicos que alimentan a la norma y, especialmente, el concepto de “competitividad”.

Desde un punto de vista positivo, la excesiva onerosidad sobrevenida adquiere sustantividad propia a partir de 1994, momento en el que se desvincula definitivamente de la órbita conceptual de la imposibilidad objetiva. Respecto de las genéricamente denominadas “causas de empresa”, puede afirmarse que responden a un desequilibrio contractual sobrevenido padecido por el empresario (que afecta a la causa del contrato), traducido en una disminución de la rentabilidad o de la eficiencia, sin que una disminución de los beneficios, pueda admitirse, *per se*, como un motivo resolutorio suficiente. Lo “económico”, “técnico”, “organizativo” y “productivo” describen los ámbitos potencialmente afectables por un hecho imprevisto sobrevenido. Y, lo que la doctrina ha calificado como “medidas” y “fines” (refiriéndose a los arts. 51.1 y 52.c TRET), no son más que un intento (impreciso e insuficiente) del Legislador para cuantificar la intensidad del desequilibrio que excede del *alea* normal previsto para justificar la resolución del contrato. Esto es, son elementos que, en tanto que tratan de describir el riesgo, deben entenderse como parte sustancial del motivo resolutorio. A su vez, la exigencia de la razonabilidad de la medida propuesta, sin bien, trata de disipar la amenaza de la discrecionalidad empresarial, somete a la evaluación de los motivos resolutorios a un juicio prospectivo de difícil acotación jurídica. Y la existencia de un estatuto privilegiado para la Administración, a pesar de su planteamiento con carácter restrictivo, no contribuye a dar coherencia al sistema.

No obstante, esta premeditada e inevitable imprecisión normativa de la intensidad del desequilibrio requerida para resolver (motivada en parte por la propia conceptualización de la excesiva onerosidad), si bien amplía el ámbito de aplicación de la norma (y garantiza su no caducidad), ha trasladado el problema de su concreción a los Tribunales. Sin embargo, al igual que en los supuestos modificatorios y suspensivos, la labor de los órganos jurisdiccionales a la

hora de valorar la concurrencia o no de una excesiva onerosidad (a pesar de ciertos avances – como la aceptación de las tesis *organicistas*) no puede valorarse, en términos generales, como positiva. Sin negar la dificultad intrínseca de estos supuestos, debemos achacarles – en especial, al TS – la tendencia a dar soluciones excesivamente particularizadas al caso concreto, motivada por las reticencias a sentar criterios con carácter generalizador. También debe criticarse la práctica – especialmente en la doctrina judicial - de transcribir mecánicamente el “argumentario” de la escasa doctrina jurisprudencial existente (“a modo – casi - de formulario”), pues, da lugar a soluciones en las que no es sencillo identificar el proceso lógico-argumentativo seguido. Desde esta perspectiva se comprende que los empresarios recurran al empleo de la resolución injustificada, pues, pese a ser más costosa, resulta mucho más ágil y prácticamente no deja margen para la incertidumbre.

Todos estos elementos permiten afirmar que el régimen jurídico de este supuesto resolutorio no se adecua a las necesidades del tejido productivo y requiere ciertos cambios. Asumiendo la imposibilidad para ofrecer un enunciado jurídico que describa el desequilibrio contractual requerido para resolver, entendemos que, quizás, la solución pase por atribuir la solución de estos conflictos a otro tipo de órgano no estrictamente jurisdiccional (quizás, también, de composición paritaria) que sea más “sensible” a la naturaleza arbitral o cuasi-arbitral del conflicto que se plantea.

La responsabilidad por riesgo del empresario ante una excesiva onerosidad sobrevenida, describe el segundo elemento fundamental de este supuesto resolutorio, evidenciando una diferencia sustancial con respecto al sistema liberal y a la lógica “no hay responsabilidad sin culpa”. Lo verdaderamente importante en los supuestos resolutorios inimputables es determinar quién debe financiar (pagar) los costes derivados de la ruptura sobrevenida del contrato y de qué modo; y, finalmente, cómo este modelo repercute en la protección del empleo. Lo que, en su conjunto, evidencia la dimensión político-social del problema de la pérdida del empleo, especialmente, cuando afecta a una colectividad de trabajadores, y la confluencia de heterogéneos intereses más allá de los directamente afectados. Y la legislación laboral trata de dar una respuesta a este conflicto a través de tres instrumentos. En lo que concierne a la indemnización, entendemos que desde un punto de vista técnico-jurídico no es admisible que el empresario pueda reclamarla total o parcialmente si recoloca al trabajador (existiendo sólo margen para incrementar su importe). En cuanto al plan de acompañamiento social, entendemos que debe ceñirse a mitigar los efectos de la extinción del contrato de los trabajadores afectados (imputando parte de los costes al empresario); y el convenio especial para determinados trabajadores también participa de este planteamiento. Por otra parte, debe criticarse la disminución de la responsabilidad empresarial por incumplimiento imputable en los contratos de fomento de la contratación indefinida, por

promover conductas socialmente indeseables - por ilícitas. Con el agravante de que la tendencia reciente anticipa una más que probable evolución expansiva (que, en parte, quedaría neutralizada si se generaliza la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios).

En cuanto a la distinción entre lo que la doctrina ha denominado como cese *individual* y *colectivo menor* (art. 52.c TRET), por un lado, y *colectivo mayor* (art. 51 TRET), por otro, tiene una indudable repercusión en la configuración del régimen jurídico de este supuesto resolutorio, pues, describe dos itinerarios procedimentales y compensatorios claramente diferenciados (y en lo que concierne a la resolución por disminución de la eficiencia un nivel de desequilibrio contractual menos intenso). El objetivo: facilitar al máximo la movilidad externa por excesiva onerosidad, salvo cuando afecte a un número de trabajadores tal que social y políticamente se estime como “preocupante”. Desde estos parámetros se comprende que para las resoluciones *ex art. 52.c) TRET* se exijan ciertos requisitos formales de baja intensidad y mecanismos de financiación del daño poco desarrollados (redundando en perjuicio del trabajador y de las arcas del Estado). Y, en cambio, para las resoluciones “numéricamente cualificadas” se prevea la intervención previa de la Autoridad Laboral y un complejo sistema compensatorio (indemnización – con tendencia al alza -, plan de acompañamiento social y convenio especial). Este trato diferenciado difícilmente puede justificarse salvo que asumamos que con ello se garantiza la paz social. En cualquier caso, atendiendo a estas diferencias, debería exigirse un incremento del esfuerzo legislativo para precisar los factores que describen el cauce a seguir, así como mecanismos más eficientes y enérgicos para prevenir y castigar potenciales conductas fraudulentas que traten de soslayar el art. 51 TRET.

En lo que a la intervención de la Autoridad Laboral se refiere, entendemos que se trata de un trámite absolutamente justificado para evitar que el proceso negociador (cuyo objeto es la determinación de la intensidad y el precio de las “agresiones”) quede viciado por la asimetría de información y para que en la solución final confluya el mayor número de intereses en juego (especialmente, si no media un acuerdo). Por otra parte, consideramos que la tarea encomendada a la Autoridad Laboral se desarrolla dentro de un generoso marco de discrecionalidad, lo que describe una función que no puede calificarse como estrictamente jurídica, sino más bien arbitral o cuasi-arbitral. No nos parece que la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo pase por la eliminación de la intervención previa, sino que lo que debe hacerse es mejorar su funcionamiento (hacerlo más eficiente). De hecho, el recurso al mutuo disenso es un elemento ilustrativo de las deficiencias del sistema y de la búsqueda por parte de los sujetos implicados (especialmente, el empresario) de soluciones más baratas y probablemente menos inciertas. Probablemente, gran parte de los problemas asociados a este cauce procedimental quedarían resueltos si – como viene reclamando desde

antiguo la doctrina – el control judicial de estas cuestiones se sustrajera de la jurisdicción contencioso–administrativa. Sin que la solución aportada por el TS respecto de los efectos de la revocación de la autorización administrativa deba calificarse como acertada. Por otra parte, debería exigirse una mayor monitorización en la constatación de las causas alegadas, a pesar de la existencia de un acuerdo entre las partes implicadas (no para subvertir la paz social, sino para cerciorar que los intereses colectivos quedan debidamente amparados).

A diferencia de la resolución por ‘causas de empresa’, el resto de supuestos resolutorios previstos en el art. 52 TRET plantean menos conflictos interpretativos. El “éxito” de este hecho radica en la especificación del riesgo que trata de prevenirse. Sin que esto lleve a pensar que son supuestos “libres” de deficiencias técnico-jurídicas y controversias hermenéuticas. De hecho, es probable que si se incrementara el uso a este cauce extintivo se evidenciarían con mayor claridad estas sombras. Siendo deseable que los Tribunales, mientras el Legislador no solventa estas deficiencias, trataran de unificar los criterios respecto de la intensidad con la que se quiere promover la continuidad en el empleo.

- Las posibilidades del trabajador de resolver el contrato por excesiva onerosidad (percibiendo una compensación económica) está lógicamente restringida, pues, si la excesiva onerosidad está consustancialmente vinculada a la estabilidad en el empleo y, en su virtud, se admite la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 TRET), es comprensible que se trate de disuadir al trabajador a resolver el contrato pese al desequilibrio contractual derivado de la modificación impuesta por el empresario.

- En cuanto al régimen concursal, aunque la estabilidad en el empleo es el objetivo a seguir sólo si contribuye a satisfacer los intereses de los acreedores, el régimen resolutorio está intensamente impregnado de planteamientos jurídico-laborales. Desde esta perspectiva, queda justificada la posibilidad de reclamar compensaciones económicas superiores a las legalmente previstas y la exigencia de un plan de acompañamiento social (o medida que se le asemeje). De todos modos, se trata de un régimen jurídico planteado en términos excesivamente imprecisos (sobre todo, en lo que se refiere a la descripción del desequilibrio contractual exigido, a las concretas facultades del Juez del concurso y al fenómeno subrogatorio). Por otra parte, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo y la política preventiva, frente a la dinámica “anti-intervencionista” seguida durante las últimas décadas, la importancia de la LC reside en el hecho de que se ha optado por recurrir (de nuevo) a la autorización previa como instrumento decisorio. Lo que corrobora la vigencia e idoneidad de este mecanismo. De todos modos, cabe poner en duda si los órganos jurisdiccionales son los más idóneos para solventar este tipo de cuestiones.

- La incidencia de la estabilidad en el empleo en el régimen jurídico de la resolución por imposibilidad objetiva es notable. Especialmente, porque al tratarse de un supuesto de

ineficacia contractual de contornos difusos y situaciones “fronterizas” de difícil catalogación, la acción del Derecho del Trabajo ha contribuido a reconducirlas, en la medida de lo posible, hacia planteamientos *conservacionistas*. Los mecanismos para cerciorar el efecto imposibilitante definitivo cuando se refiere al empresario persona jurídica y la figura de la subrogación en el empresario persona física así lo corroboran. En lo que se refiere a la imposibilidad objetiva que afecta al trabajador, puede entenderse que el Derecho de la Seguridad Social, indirectamente, se ha erigido en un refuerzo de la protección del empleo (a fin de asegurar la necesidad de reconocer o no una prestación). En contrapartida, el régimen jurídico ha estado sometido a un (excesivo) vaivén normativo. Por otra parte, el papel de la jurisprudencia también ha sido sensible a la situación del trabajador, al condicionar la extinción al reconocimiento de una prestación.

En cuanto al régimen jurídico relativo al fraccionamiento de los costes derivados de la extinción del contrato, la valoración es desigual. Si bien es cierto que se ha superado (al igual que en la excesiva onerosidad) la regla decimonónica “no hay responsabilidad sin culpa”, estableciéndose diversos mecanismos de financiación, con un grado mayor o menor de socialización, en función de la tipología del riesgo y de la parte contratante afectada; por otra parte, en tanto que esta rebaja no se complementa con una mejora de las prestaciones de la Seguridad Social (u otras medidas de naturaleza similar), es claro que se produce una infracompensación con respecto a supuestos resolutorios por incumplimiento inimputable similares (lo que se traduce en una imputación de los costes en el propio trabajador). Es evidente que, en el fondo, el objetivo implícito en esta política legislativa no es configurar un modelo compensatorio que se aproxime a la *restitutio in integrum* del trabajador (la limitación de la responsabilidad empresarial y la negativa a mejorar las prestaciones de la Seguridad Social así lo evidencia), sino en crear un sistema de compensación (de fraccionamiento de los daños) que entorpezca lo menos posible la creación de más situaciones de riesgo (esto es, más actividad económica y, por tanto, creación de más empleo). Lo que quiere decir que una parte importante del crecimiento económico se está haciendo a costa de los trabajadores, quienes acaban asumiendo una parte considerable de los daños producidos por la pérdida del empleo.

- Tratando de evaluar cómo está evolucionando la protección del empleo desde la perspectiva de la ineficacia contractual, esto es, si se ha incrementado o disminuido, sólo cabe acudir a un análisis comparativo con otros *escenarios normativos comparables*. Teniendo presente las dificultades que plantea un análisis comparativo de estas características, especialmente porque no podemos acudir a exposiciones de detalle, lo cierto es que si tomamos como referencia el contenido del ET’80, en una primera aproximación, puede entenderse que, en términos generales, se ha producido una evolución “a la baja”. La disminución de la importancia atribuida al cumplimiento de los requisitos formales, la disminución de la

intervención Administrativa previa, la flexibilización de algunos motivos resolutorios inimputables (incrementada con las reformas de 1997 y en 2001 – para la Administración), la reducción de las posibilidades de calificar la resolución contractual como nula y, finalmente, la tendencia legal que promueve la infracompensación del trabajador son elementos que, en su conjunto, pueden dar a entender que la intensidad con la que se promueve la protección del empleo está padeciendo una lenta pero progresiva devaluación.

Sin embargo, también se constata que los elementos estructurales sobre los que se erige la protección del empleo han permanecido intactos. En efecto, el sistema de causalidad se mantiene y su control jurisdiccional no se ha suprimido. Además, salvo casos muy puntuales (aunque en expansión), los elementos disuasivos (responsabilidad del empresario por incumplimiento y por riesgo) se mantienen en la misma cuantía (el hecho de que la compensación se vincule al salario del trabajador, ha evitado el estancamiento de la compensación – lo que no quiere decir que vaya en paralelo al coste de la vida en cada período). El incremento de la sensibilidad por la protección de los derechos fundamentales así como por sus manifestaciones derivadas ha llevado a incrementar las posibilidades para calificar judicialmente la nulidad de la resolución empresarial. En paralelo, la posibilidad de reclamar una compensación de daños y perjuicios en las resoluciones calificadas como nulas y, sobre todo, el hecho de que este reconocimiento normativo suscite la posibilidad de exportarlo a todas las resoluciones injustificadas, describe – como se ha expuesto - un nuevo modelo de protección del empleo, quizás incluso, más garantista que el previsto durante la vigencia del ET'80. Por otra parte, no consideramos que la posibilidad de reducir el importe de los salarios de tramitación redunde en perjuicio de la estabilidad en el empleo. En todo caso, es un mecanismo que, como viene intentándose desde que se implantó la conciliación previa, pretende evitar el costoso acceso a la jurisdicción y que, además, en puridad, no repercute negativamente en la protección del trabajador, pues, garantiza el mantenimiento de la responsabilidad del empresario (al igual que si se hubiera acudido a la jurisdicción) y, además, no cierra la puerta a una posible impugnación judicial (para el caso de que se estime que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales).

De todos modos, lo que sí es cierto es que, en los últimos tiempos, se viene constatando una “huida” hacia formas organizativas de la actividad productiva al margen del art. 1.1 TRET; y, por consiguiente, desprovistas de las medidas conservacionistas de que dispone un trabajador por cuenta ajena (por cierto, inexplicablemente, promocionadas por el propio Legislador con la creación de la figura de los TRADE). Sin embargo, ésta es una cuestión que, en puridad, no compete al principio de estabilidad en el empleo; salvo que se acuda al argumento de que este “éxodo” podría evitarse si se rebajaran las pretensiones



*conservacionistas* de los trabajadores empleados (teorías “*insider/outsider*”<sup>1632</sup>). Planteamiento que no puede compartirse, porque, implícitamente viene a defender que en el mercado de trabajo la flexibilización de la oferta de trabajo es el principal (y casi único) factor con capacidad para promover la demanda de trabajo (de hecho, no se descarta que si los trabajadores *insiders* no presionaran para incrementar la cuantía de los costes de rotación laboral, se produciría una disminución sustancial del desempleo involuntario). Hipótesis, a nuestro entender, más que discutible, porque, es poco realista creer que la oferta de pueda motivar decisivamente la demanda de trabajo. En definitiva, aunque se dieran los factores para neutralizar la tendencia de los trabajadores *insiders* a presionar para mejorar sus pretensiones *conservacionistas*, no se garantizaría una “revitalización” de la contratación por cuenta ajena. Además, este planteamiento conduciría a una equiparación de las condiciones a la baja socialmente inasumible. En paralelo, frente al extraordinario reto que se plantea frente a la – con resignación – ineludible deslocalización empresarial que está experimentando las economías industrializadas en favor de las emergentes, el papel del Derecho (y, en concreto, de la estabilidad en el empleo) parece circunscribirse a una política de fraccionamiento de los costes derivados de las extinciones contractuales que sea social y políticamente aceptado.

- Finalmente, debemos hacer referencia a la cuestión relativa a la existencia de un *sistema* de protección del empleo. Al analizar los *instrumentos* jurídico-positivos “modificatorios” y suspensivos hemos descrito una hipótesis de trabajo, cuya verificación final estaba condicionada al resultado obtenido al analizar los supuestos de ineficacia contractual. Recuérdesse que, tras constatar que la regulación de la estabilidad en el empleo estaba excesivamente atomizada, hemos puesto en duda que en el ordenamiento jurídico español exista un verdadero *sistema* dirigido a la protección del empleo. Pues bien, el régimen jurídico de los supuestos de ineficacia contractual no parece subsumirse en un planteamiento global y ordenado que con carácter previo describa la intensidad con la que se quiere proteger el empleo, el coste que se está dispuesto a invertir para ello y, en consonancia, los medios más adecuados para alcanzar dicho objetivo. No cabe duda, de que las facultades de alteración contractual reconocidas al empresario y, en concreto, la resolutoria, están integradas en la denominada lógica de la secuencialidad. Pero éste, es un enfoque sólo predicable con respecto a esta tipología de riesgo y, a nuestro entender, su existencia está desvinculada de cualquier valoración respecto de su impacto o su compatibilidad con otras medidas dirigidas a neutralizar otras fuentes de inestabilidad.

Por ello, una vez efectuado el estudio de los diversos supuestos de ineficacia contractual podemos concluir que nuestra hipótesis ha quedado confirmada. La estrategia

---

<sup>1632</sup> Planteamiento que sostienen un sector de la doctrina respecto de la contratación temporal y la indefinida. FERREIRO, BEA, GÓMEZ e INTXAUSTI. *Teoría ‘Insider-Outsider’ y temporalidad en el mercado de trabajo español*. RMTAS nº 51, 2004, p. 31 y ss.

seguida por el Legislador español para hacer frente a las diversas fuentes de inestabilidad que amenazan a la conservación del contrato de trabajo no responde a una acción coordinada de conjunto. Sino que es el resultado de acciones particularizadas e independientes de otros procesos, de modo que no puede afirmarse que la suma de todas las medidas de prevención del empleo vigentes sea “el resultado” de un proceso reflexivo previo del Legislador que le haya llevado a determinar el nivel de empleo socialmente deseado y, en consonancia, los instrumentos jurídicos más adecuados para alcanzar dicho objetivo. La intensidad con la que se protege el empleo es una suma de “corazas protectoras” con las que se ha ido cubriendo al contrato a medida que el contexto político, social y económico lo permitía (o lo reclamaba). De modo que el resultado final es una figura informe, de imposible catalogación geométrica, consecuencia de su origen no preconcebido y evolución fraccionada e intermitente.

Lo que, más allá de planteamientos generales, dificulta sobremanera la posibilidad de describir un mapa de la estabilidad en el empleo con una (mínima) precisión.

***D.- Una visión en perspectiva del sistema de protección del empleo: comparación entre el modelo republicano y el vigente.***

Tal y como se ha tratado de exponer al analizar el *principio de estabilidad en el empleo*, el ordenamiento jurídico laboral actual, si bien ha mejorado notablemente, desde un punto de vista técnico-jurídico, la respuesta legal, sigue protegiendo al contrato de trabajo frente a las mismas *categorías de riesgo* que durante la II República. El paso de tiempo “simplemente” ha contribuido a delimitar con mayor precisión las contingencias que pueden afectar al contrato de trabajo, concretando, en definitiva, la identificación de *subespecies* de riesgo o tratando de dar una respuesta más contundente frente a *riesgos cualificados* (especialmente, en lo relativo a los derechos fundamentales así como a lo que podríamos denominar como *manifestaciones derivadas*).

Las principales diferencias, en cambio – recordamos – se han dado en la *intensidad* con la que se ha querido proteger al empleo frente a tales riesgos y, en consecuencia, las medidas legales más adecuadas para ello. Lo curioso del caso es que, a pesar los cambios en la *intensidad*, los *instrumentos jurídico-positivos* empleados para prevenirlos no parece que hayan variado en exceso desde la etapa republicana.

Como se ha expuesto, los *instrumentos* empleados por el Legislador para proteger el empleo frente a los diversos riesgos que lo amenazan han sido, fundamentalmente, cuatro: la sobrevenida ‘*modificación*’ de lo pactado (entendida en términos amplios); la *excepcionalidad* del juego resolutorio con carácter temporal; restricción de la ineficacia contractual por resolución (con las consiguientes reglas de responsabilidad y de ejecución procesal); y la previsión de un control previo a la ejecución de todos o alguno de estos instrumentos (corporativo/administrativo o jurisdiccional).

Y, como se ha expuesto al analizar la evolución del *principio de estabilidad en el empleo* (*decantada* a partir de la evolución de las instituciones jurídico-positivas) estos instrumentos se ponen en marcha simultáneamente durante la II República. De modo que, todo parece indicar que la evolución posterior no ha sido más que una variación en la combinación de estos instrumentos creados en la etapa republicana. Variaciones que, a lo largo del tiempo, se han precipitado, fundamentalmente, por la concurrencia individual o conjunta de dos factores: los diversos escenarios político-económicos y la mayor concreción de los riesgos que la amenazaban.

La cuestión es que, además, la *combinación de estos instrumentos jurídico-positivos* tampoco ha variado en exceso (a pesar de los cambios en la *intensidad*). En efecto, en su conjunto y sin entrar en el detalle, la *estructura preventiva jurídico-positiva actual* es muy similar a la prevista

durante la II República. Un breve repaso de las instituciones jurídico-positivas republicanas y las existentes en la actualidad así lo corrobora:

Los mecanismos legales (o estructura jurídico-positiva) para enfrentarse a la inestabilidad derivada de la existencia de cláusulas contractuales nulas (declarando la continuidad y substituyéndolas por lo previsto en la Ley), la llegada del término (declarando la tácita reconducción), el cambio de empresario (declarando la continuidad del contrato) y la experimentación del trabajador recién contratado (limitando el período para ejercer el desistimiento<sup>1633</sup>) es prácticamente idéntica a la prevista en la etapa republicana. Además, existen notables similitudes en el modo de preservar el empleo frente a los diversos hechos sobrevenidos obstativos temporales (suspendiendo la relación de trabajo<sup>1634</sup>), así como la respuesta legal (responsabilidad) frente a los definitivos que afectan al empresario. Y, lo mismo cabe decir con respecto a los incumplimientos imputables o desistimientos provocados por el ejercicio de huelga y el desarrollo de cargos “político-administrativos” (suspensión)<sup>1635</sup>.

También puede afirmarse que existen importantes puntos de contacto en la forma de proteger el empleo frente a los desequilibrios contractuales provocados por los “ciclos económicos” (salvo la omisión de la posibilidad de suspender la relación de trabajo). En efecto, se admite el *ius variandi*, la modificación del contenido del contrato y la resolución (declarándose la responsabilidad objetiva del empresario)<sup>1636</sup>. En lo que respecta al resto de supuestos resolutorios por excesiva onerosidad, el régimen actual se ha *limitado* a incrementar el número de causas que ya preveía la legislación republicana al referirse a la ineptitud.

En cuanto a la respuesta legal por la extinción injustificada del contrato, en lo sustancial (salvo la declaración de nulidad o improcedencia vinculada al incumplimiento de los requisitos de forma), la respuesta legal (sustantiva y procesal) vigente es una derivada de las diversas fórmulas probadas por el Legislador republicano.

Finalmente, en lo relativo a la protección frente a los riesgos derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales es donde se aprecian mayores diferencias, pues, aunque hayamos identificado el precedente remoto a la respuesta legal actual frente a la

---

<sup>1633</sup> Aunque, como se ha apuntado, sólo para los contratos de aprendizaje y en determinados sectores productivos.

<sup>1634</sup> Lo que no se contradice por el hecho de que en la actualidad sean mayores el número de fenómenos obstativos que afectan al trabajador y que dan lugar a la suspensión de la relación de trabajo y que se haya incrementado el período suspensivo (pues, es una cuestión que respectivamente responde a la mayor especificidad del riesgo y al incremento de la intensidad con la que se quiere proteger el empleo frente a estas contingencias).

<sup>1635</sup> En cuanto a la suspensión por motivos disciplinarios aunque, salvo error u omisión, no se prevea expresamente en ningún texto legislativo republicano, se trataba de una posibilidad recogida por diversas normas sectoriales o bien en el propio contrato (*vid. infra*). Y, por otra parte, tampoco se prevén los supuestos suspensivos que tienen su origen en “motivos sindicales”.

<sup>1636</sup> Si bien es cierto que existen diferencias notables en el régimen jurídico de la modificación del contenido del contrato, el hecho de que el reconocimiento de esta facultad empresarial se configure en términos más amplios o flexibles en la legislación vigente, no impide afirmar la similitud, pues, en definitiva, no deja de ser una superación de los límites del contrato con el fin de *proteger la continuidad de la actividad de la organización productiva* y con ella la de los trabajadores a ella vinculados. Las diferencias, como se expondrá, residen más bien *en el modo* como se pretende alcanzar dicha continuidad.

extinción con vulneración de derechos fundamentales, no podemos decir lo mismo con respecto al extraordinario incremento de las facultades del trabajador para adaptar el contrato a los cambios sobrevenidos provocados por la formación profesional, las necesidades familiares y la violencia de género. Aunque, repárese, que los instrumentos legales a su alcance son la sobrevenida modificación (unilateral) de lo pactado y la suspensión.

En síntesis, a pesar de estas diferencias brevemente apuntadas, puede afirmarse que el tronco central de la protección del empleo ha mantenido su identidad desde 1931. De modo que, a lo largo de su corta Historia, la legislación laboral ha sido un “laboratorio” en el que se han ido probando los *instrumentos* creados durante la II República frente a los diversos riesgos que amenazan al contrato de trabajo, hasta hallar la respuesta legal que se ha estimado como más adecuada para atender al nivel de estabilidad que requería la sociedad en cada momento. Es decir, después de 70 años, el Legislador laboral no ha sido capaz de crear nuevos *instrumentos* jurídico-positivos para proteger el empleo. Lo que no debe evaluarse *per se* como negativo, sino que debe servirnos para constatar que nuestro modelo de protección de la estabilidad en el empleo es una derivada a los planteamientos republicanos y éstos, a su vez, de la lógica liberal decimonónica.

Lo que, de algún modo, evidencia un cierto agotamiento del modelo preventivo creado para neutralizar ciertos factores de inestabilidad (especialmente, los más complejos y potencialmente con mayor capacidad de destrucción de empleo). Sin que ello deba interpretarse como la defensa de una menor protección a la existente, sino en la búsqueda de otras medidas de protección que consigan alcanzar resultados más satisfactorios para la sociedad en su conjunto. Y, quizás, especialmente en lo que concierne a la *movilidad externa*, sería conveniente replantear ciertos aspectos de la conservación del negocio jurídico *exclusivamente* desde la perspectiva del nivel de estabilidad que la sociedad española está dispuesta a asumir y, en consonancia, de los instrumentos jurídicos más idóneos para alcanzar dicho objetivo; y no tanto de cómo podemos adaptar los (tradicionales) instrumentos jurídicos existentes para acercarnos al nivel de estabilidad deseado al menor coste político posible. Tarea que para su puesta en práctica es imprescindible una considerable “valentía política” y que, conviene ser realista, quizás sólo sea posible plantearla como “experimento de laboratorio”. Ejercicio que centrará el último epígrafe de la *Segunda Parte* de este trabajo.



## CONCLUSIONES PARCIALES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Uno de los objetivos que nos hemos propuesto en este estudio es conocer cuál es el estado actual de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español. En definitiva, hemos intentado averiguar si es cierto, como mantiene un sector de la doctrina, que se trata de un planteamiento jurídico en decadencia. Pues bien, a partir del estudio de este “fenómeno jurídico” desde la perspectiva de la dogmática jurídica, podemos colegir que la estabilidad en el empleo no sólo no es un planteamiento caduco o en regresión sino que se halla en una fase expansiva.

Para llegar a esta conclusión – que, evidentemente, convendrá matizar en su justa medida - hemos tenido que dar respuesta a varias hipótesis de trabajo: la definición jurídica del concepto de estabilidad en el empleo, su engarce constitucional, su manifestación conforme a las categorías de las normas y, finalmente, a partir del análisis de cada una de las instituciones jurídico-positivas que promueven la estabilidad, la descripción del “mapa” de la estabilidad en el empleo en el sistema jurídico español.

Sin pretender realizar en este estadio de nuestro análisis una relación detallada de las conclusiones alcanzadas (remitiéndonos – para ello - a lo que se expondrá en el oportuno apartado al fin del trabajo), permítannos que, para facilitar el seguimiento de la exposición, expongamos sintetizadamente algunas aseveraciones que estimamos relevantes para poder abordar la *Segunda Parte* de nuestro estudio. En concreto, del seguimiento del plan de trabajo citado podemos afirmar lo siguiente:

En cuanto a la definición de la expresión “estabilidad en el empleo”, entendemos que es una manifestación privilegiada del principio de conservación del negocio jurídico del Derecho común, adaptada a las particularidades de la estructura y la naturaleza del contrato de trabajo. Afirmamos que la estabilidad en el empleo integra el conjunto de mecanismos jurídicos dirigidos a proteger la continuidad del contrato de trabajo como mecanismo para garantizar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia, con el objeto de garantizar la paz social. Planteamiento que, desde el punto de vista de las categorías de las normas, simultáneamente se manifiesta como un principio jurídico vertebrador del Derecho del Trabajo y está presente en un número considerable de instituciones jurídico-positivas.

Esta labor definidora se ha reputado especialmente reveladora por cuanto que nos ha ayudado a delimitar con precisión el objeto de este estudio. Cuestión de suma importancia porque nos ha permitido rechazar algunas acepciones que – consideramos - no pueden quedar

integradas en el contenido jurídico-semántico del concepto “estabilidad en el empleo”. En concreto, rechazamos que la dimensión temporal, esto es, el término, o más concretamente, el análisis de las causas de temporalidad sea una cuestión relacionada con su conceptualización estricta. Construcción que nos ha permitido descartar el estudio de la jubilación forzosa (por encubrir un término) y la voluntaria (por responder a una decisión unilateral del trabajador). También hemos descartado el análisis de ciertas excedencias por no asegurar verdaderamente la continuidad de la relación contractual.

Por otra parte, también hemos defendido que la estabilidad en el empleo está constitucionalmente amparada en el art. 35 CE. En concreto, consideramos que todos y cada uno de las instituciones jurídico-positivas que promueven la continuidad del contrato quedan subsumidas en el concepto del principio de causalidad exigido para las resoluciones contractuales. Amparo extensible a la manifestación de la estabilidad en el empleo como principio jurídico.

En relación a esta última manifestación de la estabilidad en el empleo (esto es, como principio jurídico), defendemos que juega un papel fundamental en la vertebración del Derecho del Trabajo, cumpliendo una función directiva general, directiva, interpretativa, integradora y constructiva. En lo relativo a su conceptualización, entendemos que el principio de estabilidad en el empleo eclosiona, a partir de ciertos planteamientos del Derecho común, en 1931. Momento en el que se consolida como idea vertebradora del Derecho del Trabajo (permaneciendo invariable a lo largo de las décadas). A partir de este instante, la evolución de este principio jurídico se centrará en otro tipo de consideraciones: tratando de averiguar qué riesgos amenazan a la continuidad del contrato de trabajo y que vale la pena evitar, qué precio quiere pagarse para ello y, en consonancia, qué instrumentos jurídicos son los más adecuados para alcanzar dicho objetivo. Cuestiones especialmente relevantes porque nos ha desvelado su carácter dinámico. Desde esta perspectiva, hemos identificado tres etapas. Una primera en la que el principio promueve una serie de medidas dirigidas a adaptar la lógica del Derecho común a la naturaleza del contrato de trabajo; una – dilatada – segunda etapa en la que el principio tratará fundamentalmente de dar respuesta a los desequilibrios contractuales motivados por factores de inestabilidad de carácter económico; y, finalmente, una tercera etapa en la que tratará de dar protección a los derechos fundamentales y a sus manifestaciones derivadas. Todo ello, nos ha permitido constatar que el principio de estabilidad juega un papel vertebrador fundamental en la configuración del actual Derecho del Trabajo, pautando el contenido de un número muy considerable de instituciones jurídicas. Por otra parte, entendemos que esta elevada densidad normativa ha devaluado el papel de este principio como criterio hermenéutico.



En nuestro propósito de averiguar el estado de salud del principio de estabilidad en el empleo, hemos considerado que era imprescindible tratar de conocer la intensidad con la que se trata de neutralizar los factores que lo amenazan. Para ello, dada la heterogeneidad de las instituciones jurídico-positivas que persiguen este objetivo, hemos hecho una propuesta sistematizadora de todas ellas a partir de tres parámetros *descriptores*: fundamentación dogmática, instrumento para sortear la fuente de inestabilidad y ámbito subjetivo. Sistematización especialmente útil, no sólo para tratar de colocar en un mismo plano planteamientos jurídico diversos – y así poder delimitar el mapa de la estabilidad –, sino porque también nos ha permitido averiguar si verdaderamente podemos afirmar que existe un *sistema* que promueve la estabilidad en el empleo.

Profundizando un poco en los elementos descriptores y, en concreto, en lo relativo a los fundamentos dogmáticos, debe destacarse la adscripción de la mayor parte de los mecanismos de protección del empleo a los planteamientos estrictamente contractuales, descartándose la necesidad de acudir a teorías basadas en la propia lógica del Derecho del Trabajo. Entre ellas, la excesiva onerosidad sobrevenida (como defecto funcional de la causa del contrato – que integra la razón organizativa) ha centrado una parte importante de nuestro estudio. En este sentido, entendemos que esta categoría dogmática está estrechamente vinculada a la estabilidad en el empleo y al derecho del trabajo. Planteamiento que debe completarse con la idea de “empresa”, como institución a quien se le atribuye una función jurídico-pública consistente en la protección del empleo (diferenciada del interés individual del empresario). Consideramos que esta secuencia conceptual es la única capacitada para exponer de un modo convincente las facultades de alteración contractual reconocidas a trabajadores y empresarios que no puedan reconducirse ni a la imposibilidad objetiva ni al incumplimiento imputable (en definitiva, el papel de la libertad de empresa como fundamento adquiere un papel claramente secundario). Sin negar, en paralelo, los problemas técnico-legislativos para hallar una formulación legal que defina adecuadamente en qué momento debe entenderse que se ha superado el *alea* normal del contrato.

En lo que se refiere a los instrumentos para neutralizar las fuentes de inestabilidad que amenazan al contrato, hemos identificado a la “modificación” entendida en sentido amplio, la suspensión, la restricción de la ineficacia contractual (en especial, la resolución contractual – derivada del art. 1124 CC) y, finalmente, la intervención previa (administrativa o judicial). De hecho, de cara a la *Segunda Parte* de esta investigación conviene reiterar varios aspectos. En primer lugar, debe conferirse un carácter preeminente a la dimensión jurídica con respecto a la económica, de modo que el empleo del método analítico de la economía no puede traducirse en la reformulación de las instituciones jurídicas. Dicho esto, en lo relativo a la resolución, es importante reiterar que, por un lado, el régimen jurídico prevé un modelo de responsabilidad

objetiva para las resoluciones inimputables (con una compensación legal tasada) y otro de responsabilidad subjetiva para las imputables (que puede integrar la compensación legal tasada y una indemnización de daños y perjuicios); y, por otro lado, que el cumplimiento de la prestación específica en caso de resolución injustificada (esto es, la readmisión) sólo es exigible en los casos legal o convencionalmente previstos. De modo que se colige que el concepto de estabilidad real no está reñido con la posibilidad de exigir una compensación por equivalente (todo dependerá del importe económico y del coste de oportunidad para el empresario). Y, finalmente, en cuanto a la intervención previa, hemos puesto de manifiesto el cambio de tendencia producido por la promulgación de la Legislación concursal, pues, tras un largo período de “denostación”, se ha evidenciado que, en determinadas situaciones (precisamente, para resolver problemas, en esencia, inter-empresariales), puede ser un mecanismo de prevención de determinados riesgos muy positivo (y que no está reñido con la eficiencia).

De hecho, hemos podido comprobar que, desde la perspectiva de los mecanismos de protección del empleo, en la actualidad se están empleando los mismos instrumentos que los utilizados durante la II República (y frente a tipologías de riesgo muy similares). Lo que evidencia las dificultades para afrontarse de un modo innovador a las diversas contingencias que afectan a la vigencia del contrato de trabajo.

Sin pretender reiterar en este momento las conclusiones (que bajo el título de “Recapitulación”) se han expuesto al final de cada uno de los epígrafes dedicados al análisis sistematizado de los elementos de cada una de las instituciones positivas que persiguen un objetivo conservativo, de su análisis en conjunto podemos afirmar lo siguiente:

Haciendo un símil “espacial”, el universo (o “mapa”) de la estabilidad en el empleo, a grandes rasgos, viene definido por dos funciones que describen cada una una órbita independiente alrededor del contrato o, más concretamente, de su objeto. Por un lado, la primera función describe la órbita de la movilidad interna, dibujando un área circular. Ésta viene caracterizada por amplios mecanismos de flexibilidad interna reconocidos a ambos contratantes, a fin de entorpecer, lo menos posible, su adaptación a los cambios sobrevenidos (a través de la “modificación” – en términos amplios - y la suspensión) y así posibilitar la maleabilidad del contrato precisamente a costa del respeto a lo pactado. En definitiva, se ha optado por rebajar sustancialmente la fortaleza del principio *pacta sunt servanda* (eso sí, siempre que concurra un motivo que lo justifique – en general, si promueve la continuidad del empleo - y se siga el cauce procedimental habilitado al efecto). Lo que, a fin de cuentas, comporta una devaluación del estatuto protector (derechos y obligaciones) de los contratantes y es fuente de nuevos desequilibrios contractuales. Éste es, sin duda, el precio que debe pagarse para asegurar la protección del empleo. De algún modo, por acción de la Ley (o la negociación colectiva) se produce un distanciamiento entre el *objeto* del contrato pactado entre las partes y su posible

*contenido*. La separación entre el *objeto* y el *contenido* describe el margen de maniobra de los contratantes para malear el contrato, adaptándolo a los sucesivos cambios sobrevenidos que amenazan a su continuidad (siguiendo con el símil espacial, la distancia entre el centro gravitatorio y el extremo de la órbita). Y, en este sentido, podemos afirmar que la legislación laboral ofrece un haz de mecanismos ciertamente completo, otorgando a las partes un margen de maniobra dentro del área descrita por esta órbita circular relativamente amplia. Y, en este sentido, la evolución seguida en los últimos años ha tendido a incrementarla de un modo nada despreciable.

Por otro lado, la segunda función describe la órbita de la movilidad externa. Esto es, describe a partir de qué momento “no vale la pena” seguir protegiendo la continuidad del contrato (en definitiva hasta qué punto estamos dispuestos a mantener el empleo). Juicio que se identifica con el concepto de justa causa. Sin duda, se trata de un proceso de evaluación complejo, porque, en función de la fuente de inestabilidad, la decisión puede recaer sobre sujetos diferenciados y, además, se prevén diversos niveles de resistencia (en esencia, articulados en base a dos parámetros: económicos y procedimentales). A diferencia del área de la movilidad interna, ésta está planteada en términos más restrictivos – en definitiva, tratando de reconducir los desequilibrios hacia la movilidad interna.

Sin duda, existe una dialéctica entre la movilidad interna y la movilidad externa. La particularidad del modelo es que el paso de la movilidad interna a la externa no resulta excesivamente dificultoso. Es decir, la operatividad de la movilidad externa no está condicionada al agotamiento de las opciones que admite la movilidad interna. Por tanto, el uso de la movilidad interna no es condición necesaria para la movilidad externa. Es más, a pesar de su carácter restrictivo, la movilidad externa es una opción al alcance de los contratantes aunque se ejercite ilícitamente (salvo que su empleo comporte una lesión de derechos fundamentales o se soslayen determinados cauces procedimentales). Podríamos decir, por tanto, que ambas órbitas operan en planos diferenciados. Lo que no deja de ser una consecuencia de la naturaleza independiente de cada una de ellas. De algún modo, la existencia de esta “vía de escape” es una especie de contrapartida a la tendencia expansionista que viene caracterizando la evolución de la movilidad interna.

En cualquier caso, la estrategia seguida por el Legislador español para hacer frente a las diversas fuentes de inestabilidad que amenazan a la conservación del contrato de trabajo no responde a una acción coordinada de conjunto. La intensidad con la que se protege el empleo es una suma de acciones puntuales intermitentes y descoordinadas con respecto a las medidas existentes.

La heterogeneidad de riesgos, los sucesivos cambios políticos y, sobre todo, sociales y la consiguiente lenta y dilatada expansión del principio de estabilidad en el empleo son factores

que probablemente expliquen este resultado “parcheado”. A pesar de ello, no deja de sorprender que desde un punto de vista político se carezca de una *estrategia integral* para preservar el empleo (a semejanza, por ejemplo, del conocido como “Pacto de Toledo” para las pensiones). Entendemos que una evidencia de esta falta de planificación (y de desorientación política) es que, bajo la bandera del fomento de la estabilidad en el empleo, se estén promoviendo reformas legislativas que, en puridad, no pertenecen a su órbita conceptual. Asistematicidad que entorpece la posibilidad de identificar los parámetros que pueden orientarnos a concretar la intensidad con la que se protege la continuidad del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico español.

En cualquier caso, a pesar de estas dificultades - que deben añadirse a la complejidad intrínseca del objeto de estudio -, lo cierto es que, una vez analizado el mapa resultante de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español (a partir – recuérdese – de los factores de cada una de las instituciones que promueven la estabilidad), no somos capaces, siquiera a aproximarnos, de cuantificar la intensidad con la que se promueve el *favor negotii*. Debemos reconocer, por tanto, las limitaciones de nuestro proceso analítico.

A partir de lo apuntado, entendemos que el principio de estabilidad en el empleo no sólo goza de buena salud, sino que se encuentra en una fase expansiva, pues, es evidente que sigue centrando una parte muy importante del interés del Legislador y, por consiguiente, dicta el contenido de un número muy considerable de instituciones jurídico-positivas. De hecho, las últimas reformas legislativas han ido dirigidas a incrementar los derechos de los trabajadores y reducir el riesgo a la extinción sobrevenida del contrato. Además, la posibilidad de que la extinción ilícita (improcedente o nula) pueda ir acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, permite adoptar un mensaje ciertamente optimista.

Sin embargo, existen algunos elementos que colocan al sistema en una situación ambigua – y, para ser sinceros, difícil de calificar desde la perspectiva de la estabilidad. En especial, nos estamos refiriendo a la vinculación de la continuidad de la actividad productiva y la de los contratos a ella vinculados, a la “competitividad”. En efecto, a pesar de que este planteamiento persigue la protección del empleo, resulta ciertamente ambivalente, pues, es un concepto económico que en sí mismo se refiere a un objetivo siempre optimizable y, por consiguiente, insaciable. Es decir, si se asume – como parece haberlo hecho el Legislador – que la competitividad es el único factor (panacea) que verdaderamente puede garantizar la continuidad del empleo (al permitir la de la organización productiva), desde la perspectiva del Derecho del Trabajo “no queda más remedio” que resignarse y aceptar sus consecuencias derivadas (efectos colaterales). Desde este enfoque, “debe aplaudirse” que la Ley admita la existencia de mecanismos que permitan la permanente adaptación de las condiciones de trabajo a las sobrevenidas necesidades de la organización productiva. Así pues, la tendencia

creciente a la flexibilización de los diversas medidas de alteración contractual (y no sólo a las vinculadas a la ‘causas de empresa’), en puridad – en el plano conceptual - no pueden considerarse como contrarias a la estabilidad en el empleo, pues, al promover la competitividad, permite su continuidad y, por consiguiente, la de los empleos. Y, de hecho, debe tenerse en cuenta que hasta que no seamos capaces de hallar un sustituto al concepto de “competitividad”, toda crítica al modelo jurídico actual será escasamente productiva. Lo que, a fin de cuentas, no deja de describir un planteamiento difícilmente evaluable desde la perspectiva del mantenimiento del empleo. Por otra parte, la interpretación jurisdiccional al respecto no está contribuyendo a esclarecer esta cuestión (ni mucho menos).

Por otra parte, uno de los factores que evidencia la fortaleza de la estabilidad en el empleo es la huida hacia otras modalidades contractuales, no estrictamente laborales. Lo que, en paralelo, evidencia un grave problema, pues, se incrementa el riesgo al fraccionamiento acusado del “mercado de trabajo”; y, lo que es peor, alienta a ciertos sectores a exigir una uniformización a la baja.

En cualquier caso, uno de los mayores retos que se plantean a la economía española, y por extensión la europea, es la relativa al (inevitable) fenómeno de la deslocalización. Como hemos apuntado, ante la imposibilidad (jurídica) de impedir este tipo de decisiones empresariales (por derivación del contenido del art. 38 CE), el único recurso existente es tratar de buscar mecanismos de fraccionamiento de los costes que permitan liberar a las arcas públicas y a los propios trabajadores de la asunción de la mayor parte de los costes derivados de la pérdida de los puestos de trabajo (que integra, no se olvide, el ingente coste de la recolocación). El problema, sin embargo, es que a medida que tales cargas se incrementen, también lo hacen los incentivos para buscar fórmulas alternativas con el objeto de eludirlas.

Para finalizar, el análisis de las normas desde la perspectiva de la dogmática jurídica, sin duda, nos ha ofrecido una enorme cantidad de información. Pero, sin embargo, después de este estudio tan exhaustivo seguimos sin ser capaces de averiguar la incidencia de cada una de las normas en la mente de los individuos y, cómo ello, ha podido influir en su comportamiento. En definitiva, si este complejo y completo modelo legal descrito está alcanzado los objetivos para los cuales ha sido creado. En definitiva, la dogmática jurídica nos ha permitido describir la estructura formal a partir de la cual se promueve la estabilidad en el empleo, pero aun falta averiguar si ésta es la mejor de las opciones posibles. Dimensión sobre la que, en la medida de nuestras posibilidades, trataremos de dar luz en la – tan anunciada - *Segunda Parte* del estudio que sigue. El método analítico de la economía puede erigirse en un instrumento de observación de la realidad jurídica ciertamente interesante, especialmente, si se aplica a una de las manifestaciones más trascendentes de la estabilidad en el empleo: la extinción del contrato.



## SEGUNDA PARTE: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO – LA FINALIDAD PREVENTIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO FRENTE AL RIESGO DE PERDER EL EMPLEO.

### CAPÍTULO I.- CONSIDERACIONES PREVIAS: LA EFICIENCIA DE LA NORMA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE EN EL ESTUDIO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Uno de los fines del Derecho del Trabajo consiste en mantener el nivel de empleo, a fin de evitar los perjuicios (costes) sociales, políticos y económicos que genera el desempleo. Y la estabilidad en el empleo es su proyección paradigmática. Objetivo derivado, en esencia, de la idea de seguridad económica por medio del trabajo, como prolongación natural de la seguridad física en el trabajo (SUPIOT).

Ahora bien, en tanto que el empleo no puede mantenerse a cualquier precio, es preciso preguntarse hasta qué punto la sociedad está dispuesta a mantenerlo y qué precio quiere pagar para alcanzarlo. Pero no sólo eso. Ante la eventualidad de que la pérdida del empleo cause un perjuicio al trabajador, se suscitan una serie de incógnitas que la sociedad debe tratar de resolver. Primero, surge la necesidad de plantearse si debe ser compensado económicamente o no; segundo, en qué supuestos; y, finalmente, hasta qué punto debe restablecerse la situación económica que disfrutaba antes de su pérdida. Todo ello, enmarcado dentro de la decisión de determinar quién debe sufragar tales perjuicios y en qué medida; con el fin, primero, de establecer los elementos disuasivos suficientes como para alcanzar el número de “siniestros” social, política y económicamente aceptado; y, segundo, para garantizar que la compensación del perjuicio sea efectiva.

Si todo sistema jurídico conlleva una serie de efectos y consecuencias, lógicamente, se desprende la necesidad de evaluar dichos efectos para determinar si sus consecuencias son socialmente mejores o peores que otras que fueran accesibles<sup>1</sup>.

Sin embargo, la propia doctrina laboral ha admitido que el Derecho del Trabajo ha permanecido demasiado tiempo al margen de la realidad, pecando de autosuficiencia<sup>2</sup>; o bien, que la normativa laboral y sus actores han ido en dirección opuesta a las medidas que eran más aconsejables para hacer frente a las necesidades del momento<sup>3</sup>. Los juristas (no sólo los *laboralistas*) o, mejor dicho, el dogmatismo jurídico han centrado su atención en los problemas

---

<sup>1</sup> PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 39.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Derecho del Trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 258 y 259.

<sup>3</sup> RIVERO LAMAS. *La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa*, op. cit., p. 323.

que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, obviando el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia<sup>4</sup>.

Repárese que, para la doctrina jurídica de raíz dogmática normativista, “el objeto fundamental de la ciencia jurídica es la descripción de las normas del derecho positivo”, de tal modo, que una “ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina justicia”<sup>5</sup>. Una norma es justa si se corresponde con un ideal de justicia determinado, despreocupándose absolutamente de los “hechos”, creando un sistema de conceptos, en ocasiones de espaldas a la realidad, y olvidando incluso la finalidad misma del Derecho<sup>6</sup>. Lo relevante es la declaración del objetivo y la concordancia de ambos – el del derecho y el de la justicia –, sin plantearse si el medio escogido es adecuado, compatible o incompatible con el objetivo<sup>7</sup>.

Modelo en el que subyace una determinada “intuición de la justicia y una buena declaración de principios junto con una implementación normativa intuitivamente adecuada y consistente con el ordenamiento normativo”; pero, obvia si la norma cumple con los objetivos que se pretenden.

---

<sup>4</sup> La ciencia jurídica tradicionalmente - siguiendo a CALSAMIGLIA -, ha entendido que la teoría del derecho debía ocuparse de dos temas esenciales. Por un lado, la *disciplina normativa* debía centrarse de *cómo debe ser* el derecho, mientras que la *disciplina descriptiva* debía ocuparse de *cómo es* el derecho; “la ciencia jurídica en sentido estricto es la disciplina descriptiva, mientras que las ciencias normativas prescriptivas no deben ser cultivadas por los juristas, sino por filósofos y políticos”. A partir de este *programa de investigación*, la función del jurista queda estrictamente circunscrita al análisis de una norma dada, por lo que su cometido como práctico del derecho es aplicar leyes y como teórico describirlas. No obstante, desde esta perspectiva, no se puede criticar a las leyes ni tampoco se sabe como deben hacerse. Además, no ofrece instrumentos adecuados para calcular cuál va a ser la reacción de los ciudadanos ante una norma. De algún modo, como apunta CALSAMIGLIA, se parte de la idea de la superioridad del derecho sobre la sociedad, en el sentido de que para cambiar la sociedad basta cambiar el derecho, porque la sociedad cumplirá *ciegamente* lo que establezca el poder establecido. Sin embargo, la obediencia no está garantizada por el mero hecho de la edición de una norma, porque los individuos no reaccionan conforme a una racionalidad *paramétrica* (esto es, conforme a las variables de un sólo individuo obviando las preferencias de los demás), sino que los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a las normas (esto es, teniendo en cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros). Es posible que una norma induzca al ciudadano a su incumplimiento porque los perjuicios derivados de una potencial sanción sean inferiores a los beneficios que obtiene de su violación. Por lo que, en la medida que las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento, las normas deben prever las posibles conductas de los destinatarios y tomarlas en cuenta como elemento importante a la hora de edictarlas. CALSAMIGLIA. *Justicia, eficiencia y derecho*. RCEC n° 1, 1988, p. 307, 308, 313 y 329. *Vid.* también, PASTOR PRIETO. *Una introducción al análisis económico del derecho*. HPE n° 89, 1984 - II, p. 155 a 157. En el otro extremo, COSSÍO, a partir del análisis de la Teoría pura del Derecho de KELSEN, sostiene que “la lectura que lleva a afirmar que los sistemas normativos acaban reduciéndose a sistemas ideales con escasa o ninguna relación con el acontecer fáctico” no es correcta, porque si se acepta que los sistemas normativos se establecen a partir de conductas humanas, sólo “podrá hablarse de sistemas normativos cuando, efectivamente, acontezcan o se realicen conductas humanas significadas por las normas del propio sistema”. Por otra parte, la “eficacia”, según KELSEN, se refiere a “la posibilidad de que las conductas humanas realmente sean significadas por normas”. Por este motivo, citando a KELSEN, “una norma jurídica sólo es considerada como efectivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado”. De no darse esta adecuación, la norma acabaría por no existir, dado que tampoco habría conducta a la cual significar”. COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>5</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 280 y 282.

<sup>6</sup> SALA FRANCO. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*. En “El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político” (Dir. Rivero Lamas). I Coloquio de Jaca. Universidad de Zaragoza 1977, p. 63.

<sup>7</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 282 y 284. De hecho, el diseccionismo kelnesiano deja fuera de su análisis los problemas de la política legislativa o de la política jurídica, así como la conducta social, porque el objeto de la teoría no es estudiar cómo es la conducta social sino cómo debe ser la conducta social según el ordenamiento jurídico (p. 283).



Sin duda, las normas, lejos de limitarse a “asignar objetivos morales” a los ciudadanos, también aspiran a dirigir su conducta<sup>8</sup>. El análisis jurídico del Derecho permite descifrar cuál es la conducta jurídicamente “adecuada”, pero, resta por evaluar el influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer (DÍEZ-PICAZO). Debe tratarse de determinar la efectividad de la norma, la forma como estas medidas influyen en los individuos, si son capaces de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto. Ante la imposibilidad de conocer exhaustivamente estos parámetros a través del análisis jurídico del Derecho positivo, es preciso identificar patrones de conducta que permitan predecir las reacciones de los individuos frente a la norma<sup>9</sup>.

Y el Análisis Económico del Derecho – en adelante, AED –, a partir del concepto de eficiencia, ofrece un método de análisis que puede proponer algunas respuestas a estas incógnitas. La naturaleza *conductista* de la teoría económica, en base a unos determinados postulados, permite predecir el comportamiento de los individuos ante la norma jurídica, posibilitando el estudio de los efectos previsibles del sistema jurídico y ofreciendo criterios que permiten delimitar la ‘bondad’ o ‘maldad’ de esos efectos y las normas. Erigiéndose en *un medio* para identificar las posibles incoherencias del modelo legal en un contexto determinado.

Este enfoque gravita sobre la idea de que el sistema jurídico en su totalidad crea incentivos para que las personas se comporten de un determinado modo. En definitiva, a partir de un procedimiento de evaluación objetivable, se entiende que la norma repercute en la conducta humana, induciendo unos resultados que pueden ser calificados como ‘buenos’ o ‘malos’ por la sociedad<sup>10</sup>.

Lo cierto es que esta perspectiva analítica repercute intensamente en la metodología de estudio de cualquier problema de regulación o de interpretación jurídica. Por este motivo es rechazada por un sector de la dogmática jurídica que sigue defendiendo la autonomía y suficiencia del método jurídico. Sin embargo, en la medida que se pretenda construir un sistema jurídico que aspire a influir en el comportamiento de los ciudadanos conforme a una determinada política legislativa, debe tenerse en cuenta planteamientos y enfoques interdisciplinarios<sup>11</sup>. Como apunta ATIENZA – citado por CALSAMIGLIA – “una buena ley debe cumplir un conjunto de racionalidades. En primer lugar, la racionalidad comunicativa, en tanto en cuanto el emisor de la ley debe ser capaz de comunicar con fluidez un mensaje al destinatario. En segundo lugar, la racionalidad jurídico-formal, en el sentido de que el mensaje debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico sin producir contradicciones de normas.

---

<sup>8</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 284, y PASTOR PRIETO. *Una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 156.

<sup>9</sup> Vid. PASTOR PRIETO. *Una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 155 y 156.

<sup>10</sup> RUIZ-HUERTA CARBONELL, PASTOR PRIETO y LOSCOS FERNÁNDEZ. *Sobre el papel de las disciplinas económicas en los estudios de Derecho*. RFDUM 1987-1988, p. 605.

<sup>11</sup> Vid. al respecto, SALA FRANCO. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 47 y ss.

En tercer lugar, racionalidad pragmática. Las conductas de los individuos deben ajustarse a lo prescrito en la ley. En cuarto lugar, como racionalidad técnica, ya que la ley tendría que alcanzar los fines que pretende y con instrumentos y medios adecuados – es decir, los eficientes -. Por último, una ley debe poseer una racionalidad ética en tanto las conductas y los fines deben tener una justificación ética. Y estas indicaciones permitirían construir unas leyes mejor diseñadas y para ello son precisos no sólo conocimientos jurídicos, sino también extrajurídicos”<sup>12</sup>.

Proyectando este enfoque al ámbito que nos ocupa, ante la existencia de unos perjuicios causados por la pérdida del empleo y de unos costes destinados a evitarlos, es preciso analizar, no sólo el grado de cumplimiento del ordenamiento laboral, sino los efectos sociales reales de sus normas<sup>13</sup>. Siendo probable que, desde la perspectiva de la actividad racional del *homo oeconomicus*, las decisiones económicas *contribuyan* a evaluar la idoneidad del sistema jurídico, y por ende, favorezcan a mitigar la frecuencia de este riesgo. O, en otros términos, adaptándose a los planteamientos propuesto por CALABRESI, es posible que la utilización de este *método* permita averiguar si la articulación jurídica de la estabilidad consigue una disminución de los daños adecuada a los requerimientos sociales y si el esfuerzo para tratar de corregir el sistema vale lo que cuesta<sup>14</sup>.

En suma, lo que se pretende en esta parte del estudio es averiguar, desde un punto de vista de la conceptualización y la fundamentación, qué modelo preventivo está implícito en la regulación de las diversas instituciones que conforman el armazón jurídico de la estabilidad<sup>15</sup>. Esto es, de qué forma la sociedad, a través de decisiones políticas, ha decidido distribuir los riesgos que la protección del empleo conlleva. O, con qué intensidad se ha decidido garantizar la estabilidad en el empleo<sup>16</sup>. En este sentido, lo “político” está definido en su sentido más amplio posible.

Hipótesis que basculará sustancialmente en torno a dos cuestiones:

1.- En primer lugar, se tratará de poner de manifiesto que la *eficiencia* es un parámetro de análisis ineludible a la hora de comprender la exégesis del sistema jurídico en general y, especialmente, del Derecho del Trabajo y de la estabilidad en el empleo.

---

<sup>12</sup> **CALSAMIGLIA**. *Justicia, eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 308. *Vid.* también, **PASTOR PRIETO**. *Una introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 156 y 157.

<sup>13</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER**. *Derecho del trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>14</sup> **RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES**. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*. Facultad de Derecho. UNED, p. 771.

<sup>15</sup> Lo que excluye la formulación de modelos matemáticos y el análisis estadístico y econométrico.

<sup>16</sup> En términos similares, la ciencia económica entiende que de nada sirve hablar de erradicar completamente los delitos de una sociedad, sino que el verdadero problema consiste en determinar la *cuantía* de la delincuencia que se está dispuesto a tolerar. Gastando un poco más en la protección policíaca, se compra un poco más de seguridad frente a los delincuentes. Por lo tanto, “el criterio pertinente para nuestra elección no es de delincuencia o no delincuencia, sino de evaluación de la relación existente entre los beneficios adicionales (marginales) derivados de un poco menos de delincuencia y los costos adicionales (marginales) en términos de otras cosas que debemos sacrificar”. **PEJOVICH**. *Fundamentos de Economía*, *op. cit.*, 1985, p. 14.

No obstante, llegados a este estadio conviene realizar una puntualización sumamente relevante. Esta “*exaltación*” de la *eficiencia* no debe entenderse en un sentido ‘maximalista’ o de ‘imperialismo económico’<sup>17</sup>, centrado única y exclusivamente en parámetros estrictamente utilitaristas; pues, entendemos que, primero, tal enfoque es ‘reduccionista’; y, segundo, que los valores social y jurídicamente relevantes no se reducen a sus dictados<sup>18</sup>.

Para evitar juicios precipitados sobre la orientación que se adopta en esta construcción teórica, conviene advertir que la admisión del análisis económico como método analítico no significa que el Derecho del Trabajo se subordine por completo a la exigencia de rentabilidad de las empresas. Ni mucho menos.

Al contrario, *junto a otros valores concurrentes*, debe tenerse en cuenta que la noción de *eficiencia es una variable más* que debe tenerse presente en el estudio de una norma jurídica. La pretensión de este estudio no es proponer una hipótesis de conducta paradigmática y universal, capaz de explicar todos los comportamientos del individuo en el ámbito de las relaciones de trabajo<sup>19</sup>. Tampoco se aspira a *imponer* un canon interpretativo, basado en la racionalidad maximizadora del individuo, que monopolice la descripción de la realidad jurídica<sup>20</sup>. Y, ni mucho menos, se persigue la sustitución o desplazamiento de la lógica jurídica por la económica ni tampoco, como recogen MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, que la

---

<sup>17</sup> En síntesis, la aparición de lo que se ha denominado “imperialismo económico” reside en las siguientes causas: “primero, de un punto de partida común a las ciencias sociales (o al menos a varias de ellas) en cuanto a la necesidad de fragmentar al hombre en persona a fin de hacerlo comprensible; segundo, a la común pretensión de esas ciencias de explicar a las personas mediante la asignación de un sentido a sus conductas; tercero, por la formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignar sentido a un universo muy extenso de conductas; cuarto, por la progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas, y quinto, por la fortaleza en la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas. **COSSÍO DÍAZ**. *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 13. Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que la intensa influencia del pensamiento neoclásico impone una limitación sustancial al intento de superación de la compartimentación disciplinaria y parcialista impuesta por la tradición de las ciencias sociales. **TOMÁS CARPI**. *El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica*. HPE n° 89, 1984, p. 52.

<sup>18</sup> Pese a que un sector de la doctrina estime que el “análisis económico del derecho ofrece un punto de vista neutral para el examen de ‘cuestiones jurídicas políticamente controvertidas’” (**ALFARO ÁGUILA-REAL**. *Los juristas – españoles – y el análisis económico del derecho*. Revista InDret n° 1, 2007, www.indret.com, p. 7), se trata de una afirmación, por lo menos, discutible, en tanto que el “sustrato” conceptual que sostiene este método analítico es una derivación de una determinada concepción filosófica – que, por supuesto, no es neutral u objetiva: la filosofía moral utilitarista. Trasladándolo al ámbito específicamente laboral, como advierte **RODRÍGUEZ-PIÑERO** “la exigencia de racionalidad económica no implica la supresión o enajenación de cualquier otro criterio no economicista, el sacrificar todas las reglas del mercado de trabajo a la eficiencia del sistema económico y mediatamente a la maximización del interés empresarial”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Racionalidad empresarial y mercado de trabajo*, op. cit., p. 16 y 17.

<sup>19</sup> “Una cosa es aplicar criterios económicos al análisis de las instituciones jurídicas, y otra considerar como único criterio correcto de las prescripciones jurídicas la contribución al incremento de la felicidad del mayor número de personas (que es el punto de vista de BENTHAM). En el primer caso, se trata de la aplicación de valoraciones en términos de costes y beneficios a las normas jurídicas, y en el segundo de valoraciones éticas”. **REBUFFA**. *El análisis económico del derecho*. Anales de Cátedra Francisco Suárez n° 25, 1985, p. 163.

<sup>20</sup> De hecho, como apunta **MERCADO PACHECO**, “el enfoque económico y la figura del *homo oeconomicus* que lo sustenta no son premisas universales sobre las que se pueda construir un estudio científico de cualquier objeto al que se aplique su racionalidad exclusiva y excluyente. Para decirlo en otras palabras, el *homo oeconomicus* no es algo que no deba nada a nuestra historia. Su universalización expresa la normalización-naturalización del comportamiento ideal en el mercado y, por lo tanto, significa confundir lo económico en general con una realidad histórica concreta: el mercado como sistema que se convierte en prescriptivo de toda la realidad social”. **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 102.

“racionalidad económica y sus institutos económicos más representativos penetren sin más en las categorías jurídicas instrumentalizándolas, ignorando las funciones reguladoras del derecho como sistema autorreferente”<sup>21</sup>.

Por el contrario, se aspira *simplemente* a conocer más de cerca las explicaciones de la realidad social que posibilita la utilización del modelo analítico de la economía. Teniendo en cuenta que, sin duda, el punto de vista económico puede contribuir a comprender la exégesis de la estabilidad en el empleo y, especialmente, de los propósitos políticos y sociales que inspiran su existencia.

Derivado de lo anterior, conviene destacar una idea que aunque ya ha sido apuntada no está de más exponerla de nuevo. La conjunción de lo Económico con el Derecho parte de la salvaguarda de la naturaleza de la norma y no con criterios y postulados estrictamente económicos. Es decir, se postula la independencia y prelación del enfoque dogmático del derecho respecto del enfoque económico. Posicionamiento que, como ya se ha apuntado, se justifica porque sólo mediante el uso de la dogmática es posible la adecuada formulación de los significados de las normas<sup>22</sup>. Significados que constituyen los supuestos de las hipótesis que permitan un análisis de tipo económico (COSSÍO DÍAZ)<sup>23</sup>.

Ahora bien, con el fin de integrar y coordinar pacíficamente la *economicidad* y la *socialidad*, en tanto que, en ocasiones, esta interpretación es insuficiente para evaluar los efectos de una norma, es preciso añadir la interpretación que “se deriva de la *integración* de la norma en la categoría sistemática del derecho económico como medio para facilitar la comprensión de la función que cumple”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET*, op. cit., p. 701.

<sup>22</sup> En términos similares, RODRÍGUEZ-PIÑERO reclamaba a principios de los años 80 que “la teoría económica debe ser ‘leal a la ley’, sobre todo a los principios básicos del orden jurídico, libertad de trabajo y empresa, igualdad y no discriminación, libertad sindical y derecho de huelga, negociación colectiva de condiciones salariales y de trabajo, etc. Esa lealtad significa centrar la discusión más bien en la discusión de los medios en función de unos fines que vienen dados, tratándose de ‘armonizar las exigencias de racionalidad y eficiencia de la empresa con el postulado humanístico’, en función de una economía de mercado que se califica de ‘social’”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER**. *Derecho del trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 268.

<sup>23</sup> En este punto del análisis resulta esclarecedora la advertencia apuntada por PAZ-ARES, sumamente acertada, por cierto. Según este autor, “se afirma que en la medida en que la teoría económica no sea entendida erróneamente como el único depositario de principios y técnicas de evaluación, su utilización inteligente puede permitir al estudioso ‘correr el velo de la retórica’ (...) y llegar a conocer los datos normativos reales que yacen bajo la superficie de cualquier *quaestio iuris*. De acuerdo; pero precisando que su papel (de la teoría económica) debe configurarse como *subordinado*, puesto que, debido a la estructura normativa del conocimiento jurídico (...), debe quedar en todo caso garantizada la positividad (política, si se quiere) del derecho vigente, de la *lex data*; en esta perspectiva dogmática en la que se viene a situar el análisis económico – la perspectiva del ‘conocimiento y desarrollo del derecho vigente, sea éste objetivo, jurisprudencial o contractual’ – corresponde exclusivamente al jurista determinar qué tipo de decisión registra la norma, así como el contenido de la misma”. **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 694. *Vid.* también **SALA FRANCO**. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 48.

<sup>24</sup> **ROJO**. *El Derecho económico como categoría sistemática*. RGLJ 1980 - I, p. 263. Un sector de la doctrina laboral española aspira a la funcionalización del Derecho del Trabajo, esto es, que sea un “instrumento privilegiado de la política de empleo, lo que puede significar tanto como orientar y funcionalizar sus instituciones en razón de tal política, que ha dejado de ser coyuntural al venir impuesta por una estructura económica que hace del desempleo el más crítico y grave problema social”. **RIVERO LAMAS**. *Técnicas modernas de garantía del empleo*, op. cit., p. 28.

2.- En segundo lugar, la determinación de la medida de la necesidad del Derecho para la sociedad, siguiendo a CABRERA BAZÁN, viene delimitada por la función y la finalidad a la que responde ese Derecho para ser realmente necesario para la sociedad. Y, esta función y finalidad, “se centra única y exclusivamente en la conservación y mantenimiento del tipo de la propia sociedad que lo reclama y lo estructura como ‘derecho necesario’”. Ahora bien, el problema que subyace es la determinación de “quién o quiénes tienen facultad legítima para decidir sobre el tipo de sociedad más conveniente en cada momento histórico y, consecuentemente, cuál sea el Derecho más conveniente a su conservación y mantenimiento el mayor tiempo posible, en el período histórico de que se trate”. En definitiva, lo que se está planteando, es la averiguación de “cómo, por qué y para quién se organiza la sociedad en función de su propia pervivencia”<sup>25</sup>.

Paralelamente, la evaluación social sobre la bondad y necesaria prevalencia de una regla depende de la jerarquía que, en su interpretación, deba darse a los distintos valores, principios y objetivos<sup>26</sup>; o, en otros términos, se reduce a una valoración de los costes y beneficios relevantes que comportan. Valoración que no siempre podrá traducirse en términos monetarios<sup>27</sup>. En efecto, si bien es cierto que la *monetarización* es un sistema extraordinariamente útil que permite comparar magnitudes heterogéneas, en múltiples ocasiones debe descartarse porque no es suficientemente preciso (se queda corto). Consecuencia lógica, pues, como es obvio, no todas las magnitudes son susceptibles de traducción monetaria. Afirmación que conviene resaltar (y retener) debidamente porque, a los efectos de este análisis, opera como un principio axiomático.

En la medida que la valoración en términos estrictamente monetarios, *no puede* explicar satisfactoriamente *en todos los casos* si el esfuerzo para tratar de paliar los riesgos de la pérdida del empleo vale lo que cuesta, lógicamente se desprende la necesidad de buscar otros mecanismos que permitan descubrir cuál es la mejor opción de entre todas las posibles. Lo que, dada una jerarquía de valores, este dilema se reduce a la búsqueda de un mecanismo de elección entre los diversos costes y beneficios (no estrictamente monetarios) implícitos en cualquier política de empleo dirigida a salvaguardar la continuidad de las relaciones de trabajo.

Partiendo de esta hipótesis, puede plantearse el segundo de los objetivos perseguidos. Si la elección de un determinado nivel de protección del empleo es una proyección de la suma de valores jerarquizados que inspiran la organización de la sociedad, es preciso hallar un

---

<sup>25</sup> CABRERA BAZÁN. *Método jurídico y función del jurista*. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 45 y 46.

<sup>26</sup> PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 40.

<sup>27</sup> En contra, un sector entiende que la ciencia económica es, sin duda, la ciencia social más evolucionada que tiene, además, la ventaja de contar con una medida objetiva como es la “monetización”. COASE, cit. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 773.

método que permita priorizar los valores sociales concurrentes. Este enfoque debe posibilitar la elección entre los diversos intereses en conflicto, con el fin de averiguar cuál es el coste político, social y económico derivado de la pérdida del empleo aceptado en una sociedad dada.

Y para ello, debe tratarse de integrar el principio de eficiencia en la lógica laboral sin que, *en modo alguno*, excluya la posibilidad de conjugarla y compatibilizarla con los objetivos de *socialidad* que rigen en esta disciplina jurídica. Es decir, conviene hallar un método que permita ponderar entre las diversas alternativas en liza, sin limitar este proceso *discriminator* a la mera comparación de opciones susceptibles de traducción económica o utilitarista.

## CAPÍTULO II.- LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN DE UN RIESGO: DESCRIPCIÓN DE UN ‘MÉTODO ANALÍTICO’.

### *A.- Esquema general: la prevención primaria, secundaria y terciaria.*

La estabilidad en el empleo, en sus diversas formulaciones, no sólo se ha erigido en el medio de protección del empleo por antonomasia, sino que durante largo tiempo se ha convertido en la política de empleo más importante en España. En síntesis, la finalidad de la estabilidad en el empleo es prevenir un determinado riesgo, esto es, la finalización sobrevinida e involuntaria del contrato.

Aceptando que la pérdida del empleo es un riesgo y que una de las funciones del Derecho es articular una serie de medidas dirigidas a prevenirlo, cabe establecer la siguiente categorización conceptual. Siguiendo la construcción ideada por CALABRESI, el fin de cualquier política preventiva no sólo debe consistir en tratar de reducir los costes que se derivan del acaecimiento de un riesgo, esto es, la pérdida efectiva del empleo, sino también de los costes destinados en evitarlas<sup>1</sup>. Con estos propósitos, algunas normas jurídicas pueden utilizarse con la finalidad de evitar, *ex ante*, el advenimiento de una situación no deseada y así *prevenir* potenciales perjuicios. Esta voluntad anticipatoria de la norma puede calificarse como *preventiva*; y la prevención de un riesgo con la finalidad de impedirlo *de antemano* la denominaremos *prevención primaria*.

Simultáneamente, el Legislador no debe tratar simplemente de evitar que el *perjuicio* ocurra, sino que paralelamente debe prever fórmulas de compensación que traten de resarcir a la “víctima” en el caso de que suceda<sup>2</sup>. Medidas que, en contraposición con las *primarias*, se denominará *prevención secundaria*, pues operan, *ex post*, una vez que el daño ya ha acontecido (y por lo tanto, han fracasado las medidas primarias)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 44 y 45.

<sup>2</sup> Perjuicio que, en términos de ALONSO OLEA, puede definirse sintéticamente como *deficiencia de recursos*. ALONSO OLEA. *La seguridad social: presente, pasado y futuro*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir y coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000, p. 160.

<sup>3</sup> Si partimos de la base de que el Derecho del Trabajo tiene el propósito de garantizar la subsistencia física del trabajador a través de la garantía de la seguridad económica, la pérdida del empleo exige una determinada continuidad en los ingresos, que SUPLOT denomina *ingresos de sustitución*. SUPLOT. *Crítica del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 101 a 104. Sin embargo, la tipología de las medidas secundarias varía en función de la finalidad perseguida. Sintéticamente, cabe distinguir entre las medidas secundarias pasivas y las activas. Las primeras van dirigidas a restituir la pérdida de renta de las personas desempleadas (aseguran un cierto nivel de ingresos o renta de sustitución, por ejemplo, la prestación o el subsidio de desempleo). Las activas, en cambio, van dirigidas a mejorar los procesos de ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo, ya sea de forma genérica e indiscriminada o bien de un modo específico dirigida a colectivos concretos (por ejemplo, la mejora de los procesos de colocación o bien medidas de fomento del empleo consistentes en la concesión de incentivos a la contratación, etc.). Dimensión que queda fuera de los confines de este estudio, centrado, como se ha apuntado, en la estabilidad en la organización productiva.

Paralelamente, debe tenerse en cuenta que la implementación de cualquier política preventiva conlleva un conjunto de costes administrativos o de gestión que, en ocasiones, no justifican la inversión destinada a prevenir el perjuicio que se quiere evitar. Por este motivo, toda política preventiva debe tratar de reducir, a su vez, los costes de los recursos que se destinan a reducir los costes primarios y secundarios, y que se calificará como *prevención terciaria*<sup>4</sup>. Finalmente, con el término *prevención global* se hace referencia a la política preventiva que comprende simultáneamente la reducción de los costes primarios, secundarios y terciarios<sup>5</sup>.

Sin embargo, conviene advertir que, en ocasiones, resulta sumamente difícil catalogar a una medida preventiva como primaria o secundaria. Extremo que es especialmente plausible cuando se trata de resarcimientos económicos (indemnizaciones). Como se sabe, toda indemnización supone la traslación de parte del patrimonio del agresor al patrimonio de la “víctima”, en compensación de un daño producido. A su vez, el deber de indemnizar, aunque se desconozca su importe, produce unos determinados efectos disuasivos en el agresor. Por ello, en estos casos, la tipificación de una medida como *primaria* o *secundaria* no resulta nada fácil dado que contiene simultáneamente elementos que pertenecen a ambas; poniendo de manifiesto su naturaleza mixta. El débito indemnizatorio cumple, así, una finalidad anticipatoria (primaria), porque trata de desincentivar una determinada conducta y evitar que el riesgo acontezca; pero, a su vez, tiene una finalidad resarcitoria (secundaria), porque trata de compensar a la “víctima”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 45. Vid. también, GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*. ADC 1990, p. 508 y 509. En relación con este planteamiento es interesante observar como, ya en 1914, la doctrina laboral apunta que “en términos generales, pueden clasificarse los remedios contra el paro en tres grandes categorías: remedios de carácter preventivo, encaminados a lograr que el paro no se produzca; remedios cuyo fin es que, una vez producido, desaparezca, o se disminuya cuanto sea posible, y remedios encaminados a neutralizar o mitigar las consecuencias del paro”. GONZÁLEZ ROJAS y OYUELOS. *Bolsas de trabajo y seguro contra el paro forzoso*, op. cit., p. 61. En términos similares, GARCÍA OVIEDO (en 1928) habla de medidas *preventivas* (dirigidas a evitar que el mal sobrevenga) y medidas *represivas* (dirigidas a poner fin a la perturbación sobrevenida, reponiendo las cosas en su estado primitivo). GARCÍA OVIEDO. *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*, op. cit., p. 7. En términos similares (también en 1928), JORDANA DE POZAS. *La previsión contra el paro forzoso*, op. cit., p. 21 y 33

Concepción (parcialmente) implícita en las tesis otros autores posteriores, vid. DEL PESO CALVO. *El Fuero del Trabajo y la seguridad social española*, op. cit., p. 214 y 215; DE LA VILLA GIL. *Sistemas para la cobertura del riesgo de paro forzoso*. RISS nº 6, 1961, p. 1409 y 1410; y *La política de prestaciones de la Seguridad Social*. En “Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1964, p. 62 y ss; y RODRÍGUEZ-SAÑUDO. *Despidos por causas objetivas en la Europa Comunitaria y en España*, op. cit., p. 281 y 282.

<sup>5</sup> Término que conceptualmente coincide con la definición de Seguridad Social que propone el profesor ALONSO OLEA: “es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. La seguridad social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizás evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo. ALONSO OLEA. *La seguridad social: presente, pasado y futuro*, op. cit., p. 159.

<sup>6</sup> Extremo que ha destacado la doctrina laboral, aunque usando una terminología distinta a la que se sostiene en este trabajo: “La indemnización [por despido] puede recomendarse como una forma de previsión de primer grado, ya que tiene por objeto entregar una cantidad al trabajador despedido para que pueda hacer frente a su falta de salario al quedarse sin ocupación”. PÉREZ BOTIJA. *Naturaleza Jurídica del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 97. En términos similares, ALONSO OLEA apunta que “las indemnizaciones por cese o suspensión podían, y pueden en la medida que subsistan, ser consideradas como un rudimentario sistema de protección contra el paro forzoso, que imponía las cargas del mismo al empresario a cuyo servicio estuvieran los trabajadores al devenir parados, sin redistribuir la



En este sentido, las dificultades para delimitar conceptualmente una medida como primaria o secundaria no limitan su efectividad, ni mucho menos. La multifuncionalidad de una medida preventiva, derivada de su naturaleza heterogénea, lejos de suponer un impedimento, constituye una ventaja dado que permite maximizar las opciones preventivas. En este caso, la intensidad con la que se pretende reducir simultáneamente los costes primarios y los secundarios es una decisión que depende del fin que se persiga. Es posible que se persiga la reducción de un coste primario con mayor intensidad que el secundario o viceversa.

Para ilustrar, si en un sistema jurídico la indemnización por despido injustificado está tasada, se desprende que la prevención primaria prevalece respecto de la reducción de los costes secundarios. Esto es así, porque el objetivo de la sanción no es tanto la plena compensación de los perjuicios sufridos por el trabajador, sino la disuasión de un comportamiento con una determinada intensidad. En cambio, si se articula un modelo en el que la indemnización no es fija, está claro que el sistema aspira prioritariamente a que la “víctima” sea compensada adecuadamente por el perjuicio efectivamente sufrido. En tal caso, la finalidad compensatoria prevalecería respecto de la anticipatoria.

En cambio, en otros supuestos el funcionamiento difiere. Para ilustrar, es posible que la financiación de la prestación de desempleo se sufrague mediante un porcentaje fijo sobre la base (así, en el sistema jurídico español, la cotización por desempleo *en los contratos indefinidos*). En tal caso, puede afirmarse que esta medida preventiva persigue una finalidad esencialmente compensatoria, dado que el porcentaje es uniforme para todos los supuestos. A pesar de suponer una carga económica para el empresario, prioritariamente la finalidad no consiste en disuadir su conducta, pues el porcentaje no varía en función de la propensión del empresario a extinguir unilateralmente los contratos. Simplemente grava una determinada actividad, con independencia del número de ocasiones que un sujeto esté dispuesto a ejecutarla. En cambio, lo que se pretende es sufragar los perjuicios derivados del desempleo, aunque de un modo solidario o socializador.

En cualquier caso, la multifuncionalidad implícita en determinadas medidas preventivas denota una cualidad, que lejos de obstaculizar la finalidad preventiva, marca la senda que debe perseguir todo modelo de *prevención global*. En efecto, si una medida de reducción de costes puede perseguir *a la vez* dos finalidades preventivas, se desprende, por su propio peso, que el uso simultáneo de medidas de prevención primaria y secundaria *no es excluyente*, sino que pueden (y deben) aplicarse conjuntamente<sup>7</sup>.

---

carga entre la colectividad de empresarios, que es lo que a la postre el seguro hace”. ALONSO OLEA. *El seguro nacional de desempleo, op. cit.*, p. 1397. Lo cual no obsta a que se puedan prever otros mecanismos que traten de resarcir la pérdida del empleo como, por ejemplo, el seguro de desempleo.

<sup>7</sup> Lo que no quiere decir, como afirma CALABRESI, que estos tres fines (primarios, secundarios y terciarios) sean enteramente consistentes entre sí, pues, es “imposible pretender la reducción de una categoría de costes sin renunciar al logro de una disminución en otra, del mismo modo que no es posible llevar la reducción de todos los

## ***I.- Cuestiones propedéuticas.***

Antes de proceder a la exposición (sintetizada) de los planteamientos conceptuales de CALABRESI, con carácter propedéutico, conviene, en primer lugar, hacer una breve aproximación al AED como disciplina (así como a sus principales corrientes de pensamiento); en segundo lugar, debe tratarse de dar un poco de luz respecto de la función que desde la misma se atribuye al Derecho; y, finalmente, debemos tratar de evaluar la relación existente entre el AED y el realismo antiformalista.

### ***1.- Síntesis de las principales corrientes doctrinales del Análisis Económico del Derecho y aportación de la obra de Guido CALABRESI.***

Con carácter previo a la adaptación de la construcción teórica que propone CALABRESI al ámbito de la prevención de la extinción sobrevinida del contrato, conviene contextualizar debidamente su planteamiento teórico desde dos puntos de vista. Primero (I.-), ubicándolo dentro del panorama doctrinal del AED (describiendo brevemente, las principales corrientes que lo conforman). Y, segundo (II.-), precisando cuál ha sido su principal contribución y porqué estimamos es exportable a nuestro objeto de estudio:

I.- En el seno del AED cabe distinguir dos corrientes principales: la *normativa* (“Escuela de Yale”, encabezada por CALABRESI) y la *positiva* (“Escuela de Chicago”, encabezada por POSNER), cuyas diferencias, simplificándolo mucho, radican en que, mientras que los *normativistas*, “tratan de cambiar el mundo para hacerlo mejor”; los *positivistas*, se centran en “analizar el mundo tal cual es”<sup>8</sup>.

---

costes de los accidentes a un punto inferior o un mínimo determinado, sin que al mismo tiempo los costes de alcanzar tal reducción no sobrepasen los beneficios que con ello se obtendrían. Nuestro objetivo ha de ser, por tanto, descubrir la mejor combinación de costes primarios, secundarios y terciarios posible, sin olvidar aquello a lo que debemos renunciar para alcanzar la reducción que de esta forma se produciría”. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>8</sup> Siguiendo la exposición de CORONA, que cita a MILTON FRIEDMAN “la economía positiva es en principio independiente de cualquier juicio de valor ético particular. Como decía JOHN NEVILLE KEYNES (padre del famoso JOHN MAYNARD KEYNES), se refiere a ‘lo que es’ y no a ‘lo que debería ser’. Su misión consiste en proporcionar un sistema de generalizaciones que permita realizar predicciones correctas. Su valor debe juzgarse en base al ámbito, precisión y adecuación con la realidad de sus predicciones. En resumen, la economía positiva es, o debe ser, una ciencia objetiva, en el mismo sentido en que cualquier otra ciencia física. Por el contrario, la economía normativa se refiere a ‘lo que debería ser’, incorporando necesariamente juicios, desde el reconocimiento del problema hasta la propuesta de un diagnóstico para el mismo. La economía positiva hace de puente en el proceso de análisis”. CORONA. *La racionalidad en el análisis económico*. En “Análisis Económico del Derecho y de la Política (Ed. Puy Fraga)”. Fundación Alfredo Bañas. Santiago de Compostela, 1993, p. 36.

• Profundizando un poco más, de acuerdo con el planteamiento de los partidarios de la “Escuela de Chicago” (fundado en los paradigmas del *homo oeconomicus*, sistema de mercado y eficiencia económica), en la medida que “la economía no decide si la distribución actual del ingreso y de riqueza es buena o mala, justa o injusta, tampoco puede decir si una asignación eficiente de recursos es deseable desde el punto de vista social o ético”<sup>9</sup>. Para esta doctrina, el mercado se erige en el paradigma fundamental, de tal modo que la mediación normativa de la economía sobre el derecho, se traduce en la afirmación de que el derecho tiene una racionalidad puramente económica, regido por la lógica racional de la eficiencia económica. Hasta el extremo de que si concurren determinados condicionantes, *la estructura del Derecho es redundante*. Se entiende que “una norma jurídica crea precios implícitos para diferentes tipos de conducta y las respuestas a dichos precios implícitos pueden ser examinadas de la misma manera que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de los bienes y servicios”<sup>10</sup>.

Al respecto, es fundamental introducir en el estudio el conocido *Teorema de COASE*, del que a continuación se expone una breve síntesis. Tal y como sostiene COASE, “ordinariamente, tal y como se plantea la cuestión, A ocasiona perjuicios a B, y lo que es preciso decidir es cómo hay que poner coto a las acciones de A. Pero esto es erróneo. Nos estamos ocupando de un problema de naturaleza recíproca. Lo que hay que decidir, en realidad, es si hay que permitir que A perjudique a B o hay que dejar que B perjudique a A. El problema consiste en evitar el perjuicio más grave”. Por tanto, *desde el punto de vista de la eficiencia* (y resalto el punto de vista), resulta tan indeseable fijar en un solo polo o extremo la norma de la responsabilidad y hacer siempre responsable al causante del daño, como fijarla en el otro. Por otra parte, tampoco resulta necesariamente indeseable una situación en la que no se indemniza por los daños ocasionados. Que tal cosa resulte o no deseable depende - apunta - de las circunstancias concretas. Por consiguiente, la existencia *per se* de determinados perjuicios no deben calificarse automáticamente como ‘antisociales’, y por tanto justificativos de la intervención del Estado, dado que ‘es preciso sopesar ese daño frente a los bienes originados. Nada podría ser tan ‘antisocial’ que oponerse a cualquier acción que origina un daño cualquiera a cualquier persona’.

Sin embargo, la validez de este planteamiento está condicionada a la concurrencia de dos requisitos: (i.-) que los derechos de propiedad estén perfectamente definidos; y (ii.-) que los costes de transacción sean igual a cero o despreciables. Si concurren estos condicionantes, puede afirmarse que la estructura del derecho se muestra ‘redundante’<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> POSNER. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 1998, p. 21 y 22. *Vid.* también, MEDEMA. *Discourse and institutional approach to Law and Economics: factors that separate the institutional approach to Law and Economics from alternative approaches*. Journal of Economics Issues. Vol. XXIII, n° 2, June 1989, p. 418.

<sup>10</sup> MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 246.

<sup>11</sup> COASE. *El problema del coste social*. HPE n° 68, 1981, p. 245 y 267 a 270. Una peculiar visión de la tesis de COASE, así como el origen de la proposición “Teorema de COASE”, en STIGLER. *Memorias de un economista*. Espasa Calpe.

Para la comprensión cabal de esta tesis conviene especificar dos extremos:

En primer lugar, qué se entiende por *costes de transacción*. Sintéticamente - según COOTER y ULEN -, estos costes pueden descomponerse del siguiente modo (que se corresponden con las etapas que estiman que son propias de toda transacción): a) costes de la búsqueda de un comprador o vendedor; b) costes derivados de la búsqueda de un acuerdo (redacción de un convenio o contrato); y c) costes de ejecución (entendidos como los costes dirigidos a monitorizar el cumplimiento y castigar las violaciones del acuerdo)<sup>12</sup>.

Y, en segundo lugar, concretar el origen del *Teorema*. Este planteamiento trata de rebatir la tesis de PIGOU. Según este autor, cada individuo decide sus actividades en base a los costes y beneficios privados que le comporta el desarrollo de una actividad (integrando los costes privados), pero normalmente no tiene en cuenta, las repercusiones que dicha actividad puede tener sobre el resto de la sociedad (costes sociales), lo que provoca que se originen *costes o diseconomías externas* (también conocidas como *externalidades*). Según PIGOU, sólo puede alcanzarse un máximo de eficiencia social, cuando los costes sociales sean idénticos a los costes privados (eficiencia de PARETO<sup>13</sup>). En la medida que esta premisa no se cumpla, deberá intervenir el Estado para erradicar los *costes externos* (en definitiva, superar las distorsiones derivadas de los mecanismos de los precios que ofrece el mercado). Por consiguiente, en tanto que las externalidades ilustran el fracaso del mercado, su erradicación debe operar mediante la intervención del Estado (a través de la política fiscal), sobre aquellas externalidades que se estimen relevantes. La novedad que introduce el análisis de COASE es precisamente que la existencia de los *costes externos* puede ser superada por las propias partes implicadas (esto es,

---

Madrid, 1992, p. 76 y ss. La exposición del conocido Teorema está presente en numerosas obras. Baste como ejemplo, en la doctrina española, **ALFARO ÁGUILA-REAL**. *Los costes de transacción*. En “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez (Coord. Iglesias Prada)”. Vol. I. Civitas. Madrid, 1996, p. 137 y ss.

<sup>12</sup> **COOTER** y **ULEN**. *Derecho y economía*. Trad. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México, 1998, p. 120 a 124. *Vid* también, **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, nota 92, p. 634; **ROEMER**. *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 50 a 52; **CHEUNG**. *El mito del coste social*. Instituto de Economía de Mercado, Unión Editorial, 1980, p. 94; y, en la misma obra, **BURTON**. *¿Por qué exproliamos a la naturaleza?* Instituto de Economía de Mercado, Unión Editorial, 1980, p. 25; y **ALFARO ÁGUILA-REAL**. *Los costes de transacción*, *op. cit.*, p. 131 y ss.

<sup>13</sup> Desde la perspectiva utilitarista, la noción de *eficiencia paretiana* (PARETO) entiende que “una determinada distribución de los recursos alcanza el óptimo de PARETO cuando no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente se produzca el empeoramiento de otro”. No obstante, el concepto de eficiencia no es uniforme. Para KALDOR-HICKS en una situación en la que “al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna ventaja”. Por otra parte, POSNER, sobre la base de la eficiencia de KALDOR-HICKS, pero *apartándose* de la lógica utilitarista, aboga por la búsqueda de la *maximización de la riqueza*, estimando que la eficiencia se “consigue cuando los recursos en el proceso de cambio voluntario, son llevados hacia aquellos usos en los que su valor (medido por la ‘disposición’ o ‘voluntad de pagar’ del consumidor – *aggregate consumer willingness to pay* -), es máximo (en el sentido de que ya nadie pagará más por disponer del recurso de que se trate)”. **POSNER**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 23. *Vid* también, **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, p. 630 y 630; **SCHÄFER** y **OTT**. *Manual de análisis económico del derecho civil*, *op. cit.*, p. 45 y 46; **NATH**. *Una perspectiva de la Economía del Bienestar*. Planellas. MacMillan/Vicens-Vives, Barcelona 1976, p. 45 y ss; **ROEMER**. *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 26 a 31; y **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 54 a 57.

internalizadas), sin interferencias de terceros, siempre claro está, que se cumplan los condicionantes apuntados (libertad de contratación e inexistencia de costes de transacción)<sup>14</sup>.

Según esta corriente, los problemas de las externalidades existentes en el mercado, se deben a una *mala asignación de los derechos de propiedad* (en definitiva, no a los defectos del mercado, sino a los defectos de la organización institucional del - en términos de SCHWARTZ - “meta-mercado”). Como apunta DEMSETZ, las externalidades están directamente relacionadas con los derechos de propiedad (*property rights*). Es decir, la mejor forma de eliminar los efectos externos es que las reglas jurídicas consagren la apropiación privada de todos los bienes económicos<sup>15</sup>. Los derechos de propiedad - de acuerdo con la ciencia económica - definen “qué conducta puede realizar el titular y qué conductas deber soportar los demás”, de tal modo que los conceptos de propiedad y de conducta prohibida se presentan como complementarios<sup>16</sup>. Por ello, los derechos de propiedad pueden describirse como el conjunto de relaciones económicas y sociales que define la posición de cada individuo con respecto a la utilización de recursos escasos<sup>17</sup>. En definitiva, los derechos de propiedad determinan relaciones de conducta y especifican cómo pueden causarse beneficios y perjuicios a las personas, y por ende, quién debe pagar a quién para modifica las acciones realizadas por las personas<sup>18</sup>.

En definitiva, el “meta-mercado” debe posibilitar que, todos los bienes y todos los recursos sean potencialmente objeto de transacciones (de mercado), garantizar la certeza de los resultados de las transacciones y el carácter completo de las informaciones necesarias para

---

<sup>14</sup> Algunos autores sostienen que las externalidades únicamente pueden ser reducidas o eliminadas por el progreso técnico y las innovaciones; descartando, por tanto, que mediante la acción política se pueda modificar el sistema de responsabilidad. **FURUBOTN** y **PEJOVICH**. *Los derechos de propiedad y la teoría económica: examen de bibliografía reciente*. HPE nº 68, 1981, p. 302 y 303. Según **MERCADO PACHECO**, el primer problema que debe resolver un economista con respecto a las externalidades es distinguir entre una externalidad relevante y otra irrelevante, lo que en términos jurídicos puede traducirse en una conducta ilícita o lícita. El segundo problema que se plantea, se centra fundamentalmente en averiguar cuál es la respuesta institucional más adecuada para la internalización de la externalidad. **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 136. Finalmente, las externalidades pueden ser positivas o negativas en función de si los individuos disfrutaban de beneficios adicionales que no han pagado o sufren costes adicionales que no han sido compensados. **STIGLITZ**. *Principios de Microeconomía*. Ariel Economía, 1994, p. 638 a 662; y **STIGLER**. *Memorias de un economista*, op. cit., p. 75 y 76. En relación a las externalidades, vid. **NATH**. *Una perspectiva de la Economía del Bienestar*, op. cit., p. 54 y 55; **COOTER** y **ULEN**. *Derecho y economía*, op. cit., p. 197 y ss.

<sup>15</sup> **DEMSETZ**. *Hacia una teoría de los derechos de propiedad*. HPE nº 68, 1981, p. 286 a 288. O, en la traducción que propone **SCHWARTZ GIRÓN**, “derechos de apropiación”. **SCHWARTZ GIRÓN**. *Teoría Económica de los derechos de apropiación*. En “La nueva economía en España y Francia”. Forum Universal Empresa. Madrid, 1980, p. 129.

<sup>16</sup> **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 642 y 643

<sup>17</sup> **FURUBOTN** y **PEJOVICH**. *Los derechos de propiedad y la teoría económica: examen de bibliografía reciente*, op. cit., p. 297.

<sup>18</sup> **DEMSETZ**. *Hacia una teoría de los derechos de propiedad*, op. cit., p. 286. Vid. también, **DE COSSIO**. *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español*. ADC 1966, p. 527. Según la opinión de **POSNER** – recogida por **SCHWARTZ GIRÓN** – un sistema de derechos de propiedad debería tender idealmente hacia la universalidad (“idealmente, todos los recursos deberían ser propiedad de alguien, excepto los recursos que sean tan abundantes que todo el mundo pueda consumir cuanto quiera de ellos sin reducir el consumo de nadie... En ese caso desaparecería el problema del uso eficiente”). Por otra parte, los derechos de propiedad se encuentran en constante redefinición, a medida que cambian las condiciones técnicas de la oferta o los gustos de la demanda. Finalmente, aunque se alcanzara una completa definición de tales derechos, es posible que los costes de vigilancia sean muy superiores a los beneficios que se obtendrían de ser respetado el derecho. **SCHWARTZ GIRÓN**. *Teoría Económica de los derechos de apropiación*, op. cit., p. 132, 136, 137 y 141.

negociar. Si el origen de las externalidades reside en el Estado o el Derecho, lo mejor es reducir su ámbito de operatividad a su mínima expresión, para permitir que la “mano invisible” del mercado actúe libremente. De tal modo que el papel del Derecho prácticamente desaparece, debiéndose circunscribir a delimitar con precisión los derechos de propiedad<sup>19</sup>. No obstante, salta a la vista que este mecanismo presenta muchas dificultades cuando son muchas las personas implicadas porque se eleva extraordinariamente los costes de negociación (costes de transacción). En estos casos, en los que un gran número de personas están implicadas por un perjuicio y, por lo tanto, los costes para afrontar el problema mediante el método de mercado son muy altos - el propio COASE admite que - es probable que una mejora de la eficiencia económica se obtenga mediante la intervención del Estado (esto es, mediante una decisión colectiva)<sup>20</sup>.

En definitiva, “la mediación normativa de la economía sobre el derecho reduce el análisis de la cuestión jurídica a criterios exclusivamente económicos y, desde este punto de vista, todo problema jurídico tendría una traducción y, por tanto, una solución en sede exclusivamente económica”<sup>21</sup>. De hecho, desde la perspectiva positivista el *nacimiento* de cualquier estructura jurídica “se deriva de la necesidad de articular coercitivamente sistemas superpuestos al mercado” en los casos en los que sus imperfecciones impiden que pueda alcanzarse soluciones eficientes<sup>22</sup>.

- En cambio, los *normativistas* centran su visión teórica y metodológica en la Economía del Bienestar, pues constatando que el mercado no procura una distribución de la riqueza que se estima adecuada, conviene buscar otras alternativas que corrijan sus imperfecciones. Por lo tanto, esta corriente asume el paradigma de la competencia perfecta pero como paso previo para identificar cuáles son los fallos de mercado que impiden que se consiga el máximo bienestar social y cuáles sean los mecanismos legales de intervención que los corrija<sup>23</sup>. En definitiva, entienden que no es aceptable que la eficiencia se erija en el objetivo supremo de la

---

<sup>19</sup> **REBUFFA**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 167 a 169. Una excelente exposición de las tesis de PIGOU y COASE en, **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 632 a 634; **SCHWARTZ GIRÓN**. *Teoría Económica de los derechos de apropiación*, op. cit., p. 121 y ss; **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 134 y ss.; y **CHEUNG**. *El mito del coste social*, op. cit., p. 45 y ss.

<sup>20</sup> **COASE**. *El problema del coste social*, op. cit., p. 256. *Vid.* también, **DEMSETZ**. *Hacia una teoría de los derechos de propiedad*, op. cit., p. 293. No obstante, conviene precisar que de acuerdo con el planteamiento de COASE, la intervención del Estado podría alcanzar un nivel óptimo de eficiencia (por incurrir en menores costes de transacción), siempre y cuando, con carácter previo, no pudiera alcanzarse dicha eficiencia a través de la intervención de la empresa (de hecho, en un mundo sin costes de transacción, la empresa tampoco existiría). Si la participación de la empresa generase importantes costes de transacción, entonces, deberá acudir a la participación del Estado. *Vid.* **COASE**. *La empresa, el mercado y la ley*, op. cit., p. 12 a 16, 18 y 19; y *La naturaleza de la empresa*. ICE nº 557, 1980 - I, p. 69; **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 635 y 636; y **DEMSETZ**. *Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad*. HPE nº 68, 1981, p. 275 y 276.

<sup>21</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 36.

<sup>22</sup> **TORRES LÓPEZ**. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, op. cit., p. 39.

<sup>23</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 54, 60 y 61.

elección social, pues no es el único valor social, dado que existen otros valores que son sustancialmente más deseados por los ciudadanos<sup>24</sup>. Para esta corriente, la justicia, equidad, seguridad jurídica, etc. son valores que se sintetizan en el *principio de distribución de la renta o de la riqueza* y que se ha constituido en el *punctum dolens* de la teoría económica del derecho propuesta por la corriente positiva<sup>25</sup>. Desde un punto de vista metodológico, en tanto que la postura *normativista* se encarga de proponer en qué forma deben ser utilizados los medios para alcanzar los fines previstos, se desprende que no tiene que sujetarse a principios verificables e incluso puede basarse en supuestos arbitrarios, siempre y cuando sean racionales. Es importante tener en cuenta que esta corriente no rechaza la idea del mercado como método de asignación eficiente de los recursos; sin embargo, en la medida que no se cumplan las condiciones de competencia perfecta, se desprende que o bien debe aceptarse su inviabilidad o bien debe orientarse la actividad económica hacia otros fines distintos al de eficiencia<sup>26</sup>.

- Finalmente, debe mencionarse una “tercera vía” denominada *institucionalista*. A pesar de que los postulados de esta corriente no son completamente uniformes, coinciden en la insatisfacción con el alto nivel de matematización y formalización de la escuela neoclásica, abogando por introducir en el análisis otras variables no cuantificables y, especialmente, las instituciones. Para estos autores, la estructura institucional en la que se toman las decisiones económicas, así como el tiempo y lugar en que estas se establecen, son parámetros de análisis sustanciales a tener en cuenta. Frente al individualismo metodológico, el punto central del enfoque institucionalista es la “transacción”, pues la mayor parte de la actividad económica, y por tanto de las decisiones y elecciones que se desarrollan en su seno, tiene lugar en una variedad de estructuras y complejos institucionales (familia, empresa, etc.). Para esta corriente de pensamiento, la economía es un universo de relaciones humanas y no de mercancías, por lo que debe tenerse en cuenta que las decisiones económicas son esencialmente una proyección de un conflicto de poder y el Derecho es el resultado de la resolución de dicho conflicto. Si el mercado no funciona, y esto ocurre cuando resulta costoso negociar, las instituciones deben ser oídas<sup>27</sup>. Es decir, en tales circunstancias, el mercado debe ser sustituido por “la acción económica colectiva que controle la acción individual y todas las unidades económicas pasan a usar la autoridad o el poder para tomar parte en los procesos de asignación y distribución de recursos, de bienes y servicios”. Por este motivo, “el fin de la actividad económica no es

---

<sup>24</sup> **TORRES LÓPEZ**. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, op. cit., p. 74.

<sup>25</sup> **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 697.

<sup>26</sup> **TORRES LÓPEZ**. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, op. cit., p. 41. Una exposición suscita de ambas posturas en, **DURÁN Y LALAGUNA**. *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Comares. Granada, 1992, p. 122 y ss.; **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 613 a 617; **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., Capítulo I; **REBUFFA**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 174 y ss.

<sup>27</sup> **NORTH**. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica. México, 1993, p. 24.

solamente económico, sino que el sujeto económico deberá maximizar, igualmente, los valores políticos y legales que hagan posible el uso de los recursos”<sup>28</sup>.

II.- En cuanto a las aportaciones doctrinales de CALABRESI, precursor de la corriente *normativista* del AED, éste ha centrado su estudio en el análisis económico de la *responsabilidad civil (tort law)*, proponiendo una serie de propuestas normativas con el fin de solventar las situaciones en las que el mercado se muestra inoperante<sup>29</sup>.

Aunque la estructura teórica de CALABRESI está pensada para lo que en términos jurídicos se identifica con la responsabilidad extracontractual, entendemos que las directrices fundamentales de su planteamiento pueden exportarse sin reparos a la lógica de la responsabilidad contractual y, por ende, al contrato de trabajo.

Afirmación que *además* recibe sustento teórico en lo que la doctrina civil ha denominado *progresiva difuminación de los criterios de distinción entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*<sup>30</sup>; y que, de algún modo, “plantea la necesidad de un estudio unitario de la responsabilidad o que al menos, cuestiona la conveniencia de una radical separación entre ambos campos”<sup>31</sup>.

Lo cierto es que, como sostiene YZQUIERDO TOLSADA, “en ambos tipos de responsabilidad subyace un deber preexistente, pues cada persona se encuentra obligada, no sólo a cumplir las obligaciones con otros convenidas, sino también a no perjudicar derechos subjetivos ajenos; pero está claro que mientras en un caso el deber es específico, en el otro recae en la generalidad de los individuos”<sup>32</sup>.

Sintéticamente, la base de este planteamiento se halla en la noción de *incumplimiento*, entendido como cualquier *situación antijurídica*, producida “por una alteración y perturbación en la prestación, más o menos intensa, pero en cualquier caso, dotada de un coeficiente o componente de antijuricidad”. De este modo, si “la antijuricidad, como equivalente a *acto injusto*, constituye el único fundamento de la reacción jurídica prevista por el ordenamiento jurídico para reestablecer el equilibrio roto en todo tipo de incumplimiento de la obligación”,

---

<sup>28</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 62 a 64, y 70 a 72; y **TORRES LÓPEZ**. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, *op. cit.*, p. 80 y ss.

<sup>29</sup> *Vid.* nota *supra*.

<sup>30</sup> **DE ÁNGEL YÁGÜEZ**. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Civitas. Madrid, 1995, p. 25 y 26.

<sup>31</sup> **JORDANO FRAGA**. *La responsabilidad contractual*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>32</sup> **IZQUIERDO TOLSADA**. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, *op. cit.*, p. 81. Según este autor (que habla de una *moderada unificación*), a pesar de la existencia de ciertas diferencias entre ambos tipos de responsabilidad las mismas no son irreductibles; de tal forma que “debería caminar hacia un acercamiento de regímenes que, aun distinguiendo entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibiese las diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz” (p. 85). Y, como apunta PAZ-ARES, la diferencia entre contratos incompletos y no-contratos es hasta cierto punto una diferencia cuantitativa – en la cantidad de costes de transacción (*vid.* al respecto *infra*) – y no cualitativa. **PAZ-ARES**. *Principio de eficiencia y derecho privado*. En “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, nota 11, p. 2849 y 2850.



carece de relevancia seguir insistiendo en las diferencias entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual<sup>33</sup>.

Asumiendo la validez de esta concepción amplia del término *incumplimiento*, se puede afirmar, siguiendo el planteamiento de un sector autorizado de la doctrina civil (entre otros, BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS<sup>34</sup>), que a partir del análisis de los elementos que lo configuran ambos tipos de responsabilidad comparten conexiones e identidades sustanciales. Sin pretender exponer en este estadio los argumentos esgrimidos por esta corriente de pensamiento, en síntesis, podemos afirmar que la responsabilidad *contractual* (en los términos de JORDANO FRAGA) “es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal) y se convierte, tendencialmente, en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un interés distinto del de la prestación, llamado para distinguirse de éste, interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad del cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte”<sup>35</sup>.

En cualquier caso, más allá de la distinción entre la responsabilidad contractual o extracontractual, lo relevante - a los efectos de este estudio - es si, ante la necesidad de *reparar un daño*, se establece un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva. Aceptando, por tanto, la reducción del conflicto inherente a la estabilidad en el empleo a esta dicotomía, se desprende el encaje de las tesis de CALABRESI en el ámbito del contrato de trabajo.

---

<sup>33</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 24.

<sup>34</sup> BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 25 a 42. Vid. también, DE ÁNGEL YÁGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, op. cit., p. 26 a 29; JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, op. cit., p. 26 a 35 (a modo introductorio); y IZQUIERDO TOLSADA. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, op. cit., p. 80 y ss. (una exposición breve de las diferencias que tradicionalmente se exponen y una crítica a las mismas en p. 85 y 86).

<sup>35</sup> JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, op. cit., p. 31: “el resultado final de este proceso [citando a SCOGNAMIGLIO], es el extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación (principal) en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorias que concurren al objeto de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena. De este modo nacen los deberes de protección o seguridad como deberes conexos al de prestación en forma estrecha o esencial, en modo que se excluyen del ámbito de la responsabilidad contractual, considerándose en cambio como casos de responsabilidad extracontractual, los daños causados con ocasión del cumplimiento, en relación puramente accidental con el mismo. El resultado al final de esta evolución es [citando a MANCINI] un concepto amplio de responsabilidad contractual en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal), sino también la responsabilidad precontractual [que se califica como de carácter contractual en tanto que violación de una obligación legal de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad] y la derivada de la violación de los deberes de protección o seguridad (...). Consecuencia de este ensanchamiento del ámbito de la responsabilidad contractual es una más amplia posibilidad de concurso de ambas clases de responsabilidad, entendido como un concurso de acciones” (p. 32).

## 2.- La función del Derecho según el Análisis Económico del Derecho.

El método analítico del AED parte de la base de que los sujetos responden a los incentivos que establecen las “reglas jurídicas y responden porque son racionales, esto es, maximizadores de alguna forma de valor, en un mundo en que se ven sometidos a ciertas restricciones”<sup>36</sup>.

En el seno de esta genérica formulación surge un primer “escollo” que debe afrontarse brevemente. Esto es, debe averiguarse qué formas o juicios de valor son los que socialmente deben maximizarse a través del sistema jurídico o, en otros términos, cuál es la función última que debe perseguir el Derecho, y más concretamente, el Derecho del Trabajo.

Desde un sector de la ciencia económica, partiendo de la filosofía moral utilitarista (BENTHAM<sup>37</sup>) y del sistema de mercado, y por lo tanto, reduciendo la acción del hombre a un motivo exclusivamente económico, se entiende que la eficiencia no sólo constituye el *único* valor social<sup>38</sup>, sino que, incluso, es asumida como sinónimo de justicia<sup>39</sup>. Enfoque que, desde la

---

<sup>36</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 499: “en cuanto a la disposición de los sujetos a responder a los incentivos, es preciso aclarar que no precisa ser total. No es necesario que todos los sujetos respondan a los incentivos que derivan de las reglas jurídicas; basta con que la mayoría lo haga de forma sustancial. Si no se da ese grado de respuesta, habría que renunciar a regular conductas por medio del sistema jurídico”.

<sup>37</sup> Recuérdese, basada sintéticamente en el cálculo hedonista del placer y el dolor. *Vid.* al respecto, BECKER. *El enfoque económico del comportamiento humano*, op. cit., p. 14. Las concepciones liberales son fundamentalmente individualistas y, como se sabe, afirman que el bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus individuos (hipótesis del comportamiento racionalmente egoísta – individualismo metodológico). El modelo se basa en las siguientes proposiciones: en primer lugar, los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar; y, en segundo lugar, se “excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica”, por lo que las decisiones individuales no se toman en función de la situación de los demás sujetos. TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, op. cit., p. 30; BUCHANAN. *La constitución de la política económica*. PEE n° 30/31, 1987 - I, p. 527 y ss.; y CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 269. Los hombres tratan de incrementar su propia utilidad y procurar su beneficio personal, sabiendo con claridad lo que para ellos es útil o inútil. Propósito que tratan de alcanzar de un modo racional. En este planteamiento, la racionalidad sólo puede entenderse en términos de *objetivos y metas*. Así pues, “presupone objetivos de prosperidad que no tienen por qué ser egoístas ni fundarse en intereses personales. Para alcanzar estas metas existen medios (...) de los que se dispone en escala limitada”. A partir de esta base, “lo racional supone el empleo de medios en una cantidad determinada con que se maximiza el grado de consecución de los objetivos o con la que se obtiene una determinada proporción de éstos con una cantidad mínima de medios. De esta forma se consigue la mejor relación posible entre medios y objetivos, y los medios son óptima y eficientemente colocados, y su empleo corresponde al principio de rentabilidad”. SCHÄFER y OTT. *Manual de análisis económico del derecho civil*, op. cit., p. 60 y 61. En definitiva, “persiguiendo el derecho el bien público (...) deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social (...) no es más que la suma aritmética de los intereses individuales”. PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 627. Postulados, que en opinión de NATH, constituyen juicios éticos “mínimos”, esto es, que son “ampliamente aceptables” y, por tanto, “no polémicos”. Planteamientos que, pese a su admisión generalizada (de todos modos, discutible), no impiden que se puedan plantear otros alternativos, puesto que, como se ha apuntado, no dejan de ser juicios éticos o de valor. NATH. *Una perspectiva de la Economía del Bienestar*, op. cit., p. 25 y ss. Una exposición “metacientífica” del concepto de *homo oeconomicus* en, MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 40 y 41, y 103 y ss. Una exposición al respecto también en, CORONA. *La racionalidad en el análisis económico*, op. cit., p. 37, 38 y 42 y ss.

<sup>38</sup> Para SCHOTTER, desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión de moralidad carece de sentido. SCHOTTER. *La economía de libre mercado*. Ariel, Barcelona 1987, p. 140; *cit.* CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 270. De hecho, si se acepta la tesis de la doctrina ético-política dominante que entiende que la moral es un conjunto de restricciones de los intereses individuales, desde la perspectiva de la antropología racionalista del hombre económico, la moral carece de sentido. Es decir, en un mercado ideal no existe espacio para la moral. Si el egoísmo individual guiado por la mano invisible conduce a un resultado óptimo (eficiente), cualquier restricción de los intereses egoístas conduce a un resultado subóptimo, esto

perspectiva del planteamiento jurídico tradicional, resulta absolutamente revolucionario, pues supone una reformulación de la función del Derecho, supeditando la mecánica del sistema jurídico a los dictados de la racionalidad económica<sup>40</sup>. De hecho, una de las críticas que se ha achacado al planteamiento de COASE es que la pretendida búsqueda de la *reciprocidad* (entre el Derecho y la Economía), lejos de fomentar la interrelación entre la dimensión jurídica y la económica, deriva en el fomento de la *prioridad*, y precisamente de la dimensión económica con respecto a la jurídica<sup>41</sup>.

No obstante, basta una mera aproximación superficial para apreciar que, desde la perspectiva adoptada en este estudio, este punto de vista debe rechazarse. Si se aceptara, lejos de articular una teoría *interdisciplinar* entre la ciencia económica y la jurídica, se estaría sustituyendo un saber por otro<sup>42</sup>.

De hecho, para esta corriente de pensamiento, “al derecho no compete ninguna función decisoria o de intervención para alcanzar un resultado eficiente”, sino que se reputa - en términos de COASE - “redundante”. Por tanto, su “única función es la de garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil que hacen posible que ese resultado se logre”. En el caso de que existan fallos en el mercado y el equilibrio no pueda alcanzarse de forma espontánea, el Derecho debe contribuir a eliminar los obstáculos. En cuyo caso, el

---

es, una irracionalidad. Caben entonces dos opciones, o bien, entender que se produce una identificación (confusión) entre la racionalidad y la moralidad; o bien, se está describiendo un espacio libre donde no tiene juego la moral, porque supone una restricción a la eficiencia. **CALSAMIGLIA**. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*. Fontamara. México, p. 13 y 14. En términos similares, **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA** sostiene que el individualismo metodológico parte primariamente del “análisis consecuencialista de los incentivos y desincentivos que inciden en la acción humana”; de ahí que se entienda que “los derechos de propiedad emanan del individuo como manifestación de sus juicios sobre lo que considera incentivos y desincentivos para la acción”. Extremo que desvela un reduccionismo metodológico, pues, en el modelo social que se desprende de las *funciones individuales de utilidad* “no tiene cabida la libertad, ni la incertidumbre, ni la moral, ni la voluntad, ya que al existir una relación unívoca y patente entre uso y coste de oportunidad, la evidencia para todos del nexo entre decisión y consecuencia, convierte a la primera en puro algoritmo de cálculo. El coste de esa falta de complejidad es el planteamiento de una ‘sociedad’ utópica, irreal, compuesta por ‘robinsones’, cada uno en su isla y con su propia y aislada función de utilidad”. **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA**. *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*. Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras. Barcelona, 1991, p. 10, 14 y 15. *Vid.* también, a partir de los planteamientos de **DWORKIN**, **RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES**. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, nota 25, p. 776.

<sup>39</sup> **POSNER**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.* Enfoque que parte de la base de que las normas jurídicas responden a una lógica económica y que su fin consiste en el fomento de la eficiencia. *Vid.* **SCHWARTZ** y **CARBAJO**. *Teoría económica de los derechos de propiedad*. HPE n° 68, 1981, p. 229.

<sup>40</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 36, 37 y 90; y **TORRES LÓPEZ**. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, *op. cit.*, p. 92 y ss. Fenómeno que se integra dentro de lo que se ha venido a denominar “imperialismo económico”, esto es, la “expansión de la teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no revista carácter explícitamente económico”. **MERCADO PACHECO**, *op. cit.*, p. 75; y **TOMÁS CARPI**. *El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica*, *op. cit.*, p. 49. Corriente propulsada especialmente por **BECKER**, al afirmar que “el enfoque económico es tan general que resulta aplicable a cualquier comportamiento humano”, **BECKER**. *El enfoque económico del comportamiento humano*, *op. cit.*, p. 14. Un ejemplo de la aplicación de esta metodología al ámbito del Derecho penal, en **STIGLER**. *La aplicación óptima de las leyes*. ICE n° 541, 1978-III, p. 9 y ss.

<sup>41</sup> *Vid.* al respecto, **DURÁN Y LALAGUNA**. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 113, 115 y 116. **CALABRESI**, por su parte, entiende que el Teorema de COASE no es aplicable en la asignación de recursos a largo plazo. En contra de esta crítica, *vid.* **NUTTER**. *El teorema de Coase sobre el coste social*. ICE n° 557, 1980 - I, p. 19 y ss.

<sup>42</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 276; y **RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES**. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 771.

Derecho debe tratar de reducir “los costes de transacción que impiden que el resultado eficiente se logre a través de un acuerdo negociado”. Finalmente, si es imposible eliminar los obstáculos que impiden que se alcance una decisión de mercado, la función del derecho es la de actuar como un mercado simulado, “es decir, la adopción por parte del juez o del Legislador de la solución que habría adoptado el mercado en caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento”. Tal y como sintetiza MERCADO PACHECO, según POSNER, el Derecho debe tratar, “*en primer lugar*, la constitución del mercado mismo mediante una asignación y distribución de los derechos sobre los recursos productivos (función del derecho de propiedad); *en segundo lugar*, una garantía efectiva de la libertad del mercado que permita que esos derechos pasen a manos de los individuos que más los valoren (función del derecho contractual); *en tercer lugar*, reglas que simulen operaciones de mercado cuando éste no pueda operar por la existencia de los obstáculos (función del derecho de la responsabilidad civil); y, *por último*, un sistema de sanciones y remedios legales para disuadir y reparar las invasiones de los derechos sobre el uso de los recursos”<sup>43</sup>. De todos modos, si la teoría de los derechos individuales de propiedad se ha presentado como una alternativa al dilema de la intervención del Estado, como apunta MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA, “se llega a la paradójica situación que para lograr una mayor extensión de los derechos de propiedad es inevitable una consiguiente regulación que posibilite esa extensión”, es decir, un incremento sustancial de la actividad reguladora de los poderes públicos<sup>44</sup>.

Profundizando un poco más – y apartándonos de estos planteamientos –, entendemos que en la especificación de la función del Derecho no sólo debe tenerse en cuenta la eficiencia del sistema, sino que, bajo el prisma de la búsqueda del máximo bienestar social, debería repararse, por ejemplo, en la equidad, en la forma cómo se redistribuye la riqueza y si se hace con la suficiente seguridad jurídica<sup>45</sup>.

En cambio, la ciencia económica moderna separa el estudio de las ‘leyes’ de la producción y la circulación de bienes, del estudio de las dinámicas de las instancias distributivas, de tal forma que los modelos distributivos son considerados como ‘datos’<sup>46</sup>. Es

---

<sup>43</sup> MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 37 y 38.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA. *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*, op. cit., p. 10 y 11. También se le achaca (TOMÁS CARPI) – entre otras circunstancias – que muchos de los costes de transacción identificados por COASE son la consecuencia del desequilibrio en el mercado más que la causa, lo que refuta la hipótesis de su perfección como método de asignación. Realmente, el origen del problema no está tanto en los costes de transacción como en la imperfecta información existente en el mercado. Además, cuando la externalidad es compleja o ambigua, siendo sus efectos poco predecibles es imposible negociar (por ejemplo, los efectos derivados de nuevos productos químicos o mutaciones genéticas artificiales, etc.). Circunstancia que se agudiza cuando la información de los implicados es insuficiente y los costes de información que un conocimiento más preciso implicaría. Además, conviene tener presente los límites sociales o naturales a la negociación de algunas partes, como por ejemplo, de las nuevas generaciones, pues no pueden negociar el futuro con aquellos que lo hacen en el presente. TOMÁS CARPI. *El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica*, op. cit., p. 56 a 58 y 60.

<sup>45</sup> PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 39 y p. 40.

<sup>46</sup> REBUFFA. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 161.

decir, la ciencia económica (especialmente, la de raíz neoclásica) no atiende a consideraciones de lo que en términos económicos se califica como justicia distributiva o equidad<sup>47</sup>.

Por consiguiente, en la medida que el enfoque que ofrece la filosofía moral utilitarista omite estos aspectos, debe descartarse como *única* perspectiva analítica aplicable, al menos, en el ámbito del Derecho del Trabajo<sup>48</sup>. Al igual que debe rechazarse la idea de que la *eficiencia* sea el objetivo social preeminente y el único que se propone el jurista<sup>49</sup>.

Descartado, por tanto, que la validez de una norma o de un sistema jurídico dependa *únicamente* de que sus efectos o los resultados que induzca, constituyan “beneficios’ sociales – totales – netos positivos y superiores a los de cualquier norma alternativa”, no se resuelve el problema planteado, sino que simplemente se ha rechazado que *ése sea el método* que deba conducirnos a la solución; por lo que, en la medida de lo posible, debe tratarse de dar un poco de luz sobre esta cuestión.

De todos modos, conviene advertir que la presencia de ciertas disfuncionalidades en la aplicación del método utilitarista como única perspectiva analítica no debe traducirse

---

<sup>47</sup> **BARBERÁ SÁNDEZ.** *Justicia, Equidad y Eficiencia.* HPE n° 51, 1978, p. 214. Por otra parte, desde la perspectiva de la filosofía política se entiende que el utilitarismo “ignora la importancia moral de la individualidad de las personas”. Cuatro son los motivos que resumidamente sintetizan esta crítica, según HART: 1). “Desde la perspectiva del utilitarismo clásico maximizante, los individuos por separado no tienen importancia intrínseca, sino que sólo importan como puntos a los que se atribuyen fragmentos de lo que es importante, esto es: la suma total de placer y felicidad”. De lo que se desprende que “la felicidad o el placer de un individuo (...) pueden ser sacrificados para procurar mayor felicidad y placer a otros, y tales sustituciones de una persona por otra, no sólo se permiten sino que son exigidos por el utilitarismo absoluto, cuando no está limitado a través de distintos principios de distribución”. 2). No puede afirmarse que el utilitarismo sea efectivamente una doctrina individualista e igualitaria (aunque efectivamente considere iguales a la personas o de igual valor). Para el utilitarismo “no son las personas, sino las experiencias de placer, satisfacción o felicidad que tienen, los únicos datos de interés o elementos de valor”. En definitiva, este planteamiento puede “desembocar en la forma más grosera de desigualdad en el tratamiento real de los individuos, si ello es necesario para maximizar el bienestar total o medio. En la medida en que se satisfaga esta condición, la situación en la que unos pocos disfrutan de una gran cantidad de felicidad mientras muchos padecen, es tan buena como aquella otra en la que la felicidad está más igualitariamente distribuida”. 3). No hay nada auto-evidentemente valioso o autorizado como objetivo moral en el mero incremento de la suma total de placer o felicidad, abstracción hecha de los problemas de distribución”. Es decir, “la sociedad no es un individuo que experimente la suma colectiva de placeres o dolores de sus miembros; nadie experimenta tal suma”. Y 4). Así, “de acuerdo con esta crítica, el utilitarismo maximizante, si no está limitado por diferentes principios distributivos, se desarrolla sobre una falsa analogía entre el modo en que es racional para un simple individuo prudente organizar su vida, y el modo en que es racional para una comunidad total organizar la suya mediante el gobierno”. **HART.** *Entre el principio de utilidad y los derechos humanos.* RFDUM 1980, p. 9 y 10.

<sup>48</sup> Aunque la definición de la conducta económica racional contemporánea no sólo se basa en el utilitarismo (maximización de la felicidad o el bienestar), sino que se reduce lo económico a una relación con las cosas, es decir, se liga la felicidad a la satisfacción de necesidades por medio de los bienes y servicios consumidos y poseídos. Lo que conlleva (LANGE) “la traslación del centro de gravedad del objeto de la economía hacia el análisis de la relación entre el hombre y los objetos que satisfacen sus necesidades”. Sin embargo, a partir de esta construcción se desarrolla una interpretación *praxeológica* que “concibe la utilidad como el grado de realización del fin de la actividad económica independientemente del carácter de este fin (...). [L]a interpretación praxeológica de la utilidad se desinteresa de la naturaleza de este fin y se limita a afirmar que la actividad económica está movida por cierto fin que debe ser considerado como una magnitud susceptible de realizarse en diversos grados”. De ahí se puede identificar una “conducta economizante que intenta conseguir los fines elegidos con el mínimo gasto de recursos, o de obtener el máximo de satisfacción con los medios de que se dispone”. En suma, lo económico es la conducta del individuo referente a la elección ente medios para la satisfacción de las necesidades o fines en un horizonte de escasez, y la racionalidad económica, desvinculada de cualquier juicio de valor, sólo es predicable de la acción de orquestación de los medios para alcanzar dichos fines. **MERCADO PACHECO.** *El análisis económico del derecho, op. cit.,* p. 114 a 117.

<sup>49</sup> **PAZ-ARES.** *La economía política como jurisprudencia racional, op. cit.,* p. 696 y 697.

necesariamente en su rechazo absoluto. Es decir, aunque se descarte esta perspectiva unidireccional que propone la lógica utilitarista, no debe concluirse su completa inadecuación como fin que debe perseguir el Derecho, ni mucho menos.

Como ya se ha apuntado, entendemos que la *eficiencia* es uno, entre otros, de los valores sobre los que se puede organizar la sociedad. El Derecho puede aspirar al cumplimiento simultáneo de dos paradigmas: la promoción del uso eficiente de los recursos y la equidad o redistribución de la riqueza. Ambas metas no se encuentran inexorablemente en una situación de exclusión recíproca<sup>50</sup>. Lo que no significa que se esté sugiriendo que no existe conflicto alguno entre ambas; sino que, cuando no sea posible alcanzar su complementariedad, deben establecerse los principios más equitativos y, de ahí, definir los mecanismos jurídicos más eficaces para hacer cumplir los principios establecidos<sup>51</sup>.

Sentadas estas consideraciones, puede (creemos) afrontarse, no sin cautelas, el propósito anunciado en líneas precedentes. En definitiva, entendemos, la función del Derecho es la *justicia*<sup>52</sup>. Aseveración que entraña, sin duda, una complejidad extraordinaria, y que escapa del objeto de este estudio<sup>53</sup>. No obstante, permítannos citar literalmente el parecer, respectivamente de CALABRESI y CALSAMIGLIA en este aspecto, pues, entendemos que expresan con brillante claridad y economía del lenguaje lo que pretendemos expresar.

---

<sup>50</sup> Cfr. CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 271.

<sup>51</sup> Planteamiento extraído de la tesis de ROEMER (*Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 39 y 87), aunque con una diferencia sustancial, dado que el mencionado autor, en vez de “equidad y redistribución de la riqueza”, utiliza el término “justicia”. Lo que se traduce en una cierta contraposición entre justicia y eficiencia, cuando, lo que defendemos – siguiendo a CALABRESI, como se verá –, es que la *eficiencia* forma parte de nuestra concepción de la *justicia*. En términos similares y adoptando una perspectiva más técnica, POLINSKY apunta que la *eficiencia* y la *equidad* no siempre se hallan en conflicto. Si es posible redistribuir la renta sin ningún coste no surge ningún conflicto entre la eficiencia y la equidad. En cambio, si la renta no se puede distribuir sin coste puede plantearse el conflicto. Repárese que se ha utilizado el verbo “puede”, pues, no es una certeza que acontezca, porque todo dependerá de las “consecuencias distributivas específicas de la búsqueda de la eficiencia y de lo que constituya una distribución equitativa de la renta”. POLINSKY. *Introducción al análisis económico del derecho*. Trad. Álvarez Flores. Ariel. Madrid, 1985, p. 21. Vid. también, BARBERÁ SÁNDEZ. *Justicia, Equidad y Eficiencia*, op. cit., p. 221 y ss. De todos modos, conviene apuntar que el citado autor entiende que las normas jurídicas no es el mejor método para proceder a la redistribución de la renta en los conflictos contractuales; sino que debe acudir a otros mecanismos como los impuestos y las transferencias (p. 125 y ss). No obstante, en los conflictos extracontractuales las normas jurídicas pueden contribuir a una mejor distribución de la renta que en los conflictos contractuales.

<sup>52</sup> Aunque un sector de la doctrina jurídica (PECES BARBA) estima que la “justicia”, como uno de los valores superiores de la CE (ex art. 1.1), “es un valor ‘ambiguo... carente de contenido específico... [e] ... incluso ... perturbador”, conviene apuntar, siguiendo a DEL REY GUANTER, que “desde un punto de vista general, no creemos que al referencia a la justicia en cuanto valor superior pueda ser considerada como marginal o innecesaria, en cuanto, por definición, parece resumir estrictamente la finalidad de todo ordenamiento jurídico, siendo precisamente la resultante de la aplicación de los valores de libertad e igualdad, y de ello puede ser una buena prueba su aplicación en el ámbito laboral”. DEL REY GUANTER. *La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo*. RL 1988 - I, p. 368.

<sup>53</sup> La doctrina laboral no es pacífica en cuanto a la función que debe cumplir el Derecho del Trabajo. Brevemente, mientras que unos (DE LA VILLA) son partidarios de que el fundamento es su finalidad protectora, con el fin de alcanzar el equilibrio social y así garantizar la estabilidad política. En cambio, otros autores (RODRÍGUEZ-PINERO), estiman que como consecuencia de la incidencia de la crisis la función del Derecho del Trabajo ha dejado de ser unilateral, en el sentido de que la protección tradicional a favor de los trabajadores ha dado paso a la protección de los empleadores o empresarios. Vid. al respecto, DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, op. cit., p. 12 a 14. De todos modos, téngase en cuenta que el criterio que se propone en este trabajo englobaría cualquiera de las dos funciones.

Hablando de la relación entre eficiencia y justicia, CALABRESI entiende que “la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil. Y, sin embargo, la eficiencia no es la justicia; esto es: con la eficiencia sola no podríamos resolver la pregunta ‘¿qué es la justicia?’. En cualquier sociedad, un sistema de distribución de la riqueza determinado puede ser considerado justo o injusto por los miembros de aquélla, o sólo por uno de sus grupos; en ciertas sociedades, un sistema que no sea capaz de resolver en general el problema de la distribución de la riqueza, se considera injusto. En consecuencia, podemos afirmar que el problema distributivo forma parte de la justicia. Y, sin embargo, insisto, la justicia no es sólo distribución. Quien pretende hablar de la justicia como si se tratara de un problema de distribución de la riqueza no consigue hablar de justicia. Lo mismo puede decirse respecto de otros valores que quisiéramos analizar. En nuestra opinión, la justicia es la sombrilla que lo abarca todo (...). Hay autores que definen la justicia como la suma (aritmética) de un serie de modelos o cosas analizadas porque dicen ‘no consigo pensar que haya nada más’” y “yo he sostenido en cambio que hay otras nociones de justicia. Y quisiera subrayar aquí que con ello no pretendo significar que esas sean la justicia, sino que bajo la sombrilla de la justicia conviven otras nociones de justicia”<sup>54</sup>.

A mayor abundamiento, en términos similares, CALSAMIGLIA asevera que “una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarrara recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a otros criterios componentes de la justicia”<sup>55</sup>. Desde la perspectiva normativista, la eficiencia no se percibe como un valor fundamental a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones; no obstante, la eficiencia puede ser un criterio orientador de la política legislativa. En la medida que “lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue”, la eficiencia pasa a formar parte de los componentes de la justicia, esto es, uno de sus valores. De tal forma que “la decisión del legislador no sólo debe estar determinada por la bondad de un principio sino también por su realizabilidad, su cumplimiento y su observancia generalizada”<sup>56</sup>. En definitiva, parece claro que ésta *no es una opción de política legislativa*, sino un planteamiento exigible a toda norma jurídica que quiera ser calificada como tal.

Repárese que la aceptación de esta perspectiva metodológica no significa, en modo alguno, que se acepte, *per se*, la idea de lo que se ha denominado *Derecho del Trabajo de la*

---

<sup>54</sup> CALABRESI. *Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho*, op. cit., p. 227.

<sup>55</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 271.

<sup>56</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 284.

*emergencia* (frente a la idea del *Derecho del Trabajo de la expansión*<sup>57</sup>). Como se sabe, en esta denominación subyace la idea de que esta rama del ordenamiento se ha “dotado de una función diferente de la tradicional, relacionada con el ‘salvamiento’ de las economías y con la exigencia de imponer sacrificios sobrevenidos a quienes el Derecho del Trabajo había venido dando beneficios para neutralizar el sacrificio estructural esencial de sobrellevar la condición de clase subalterna o dominada”<sup>58</sup>. La necesidad de evaluar la eficiencia del Derecho del Trabajo no es exclusiva de las situaciones de crisis, sino que debe entenderse aplicable a cualquier momento histórico<sup>59</sup>.

- Pues bien, aceptando que la eficiencia es una función *más* a la que debe aspirar el Derecho del Trabajo, y que para su evaluación debe acudir al análisis económico, simplemente se está resaltando una nueva perspectiva analítica. Es decir, un método interpretativo sumamente útil para evaluar si, dados unos objetivos (*los que sean* según una determinada idea de justicia), efectivamente se consigue las metas propuestas. Sin que este enfoque tenga que identificarse necesariamente con la perspectiva ideológica liberal en la línea de la “Escuela de Chicago”, aunque teniendo siempre presente el marcado carácter ideológico de la disciplina y el hecho de que su impronta puede condicionar todo el despliegue analítico.

Para evitar este *peligro*, conviene *acercarse* a lo que por *eficiencia* se entiende. La utilización del término *eficiencia* en este estudio no se refiere *únicamente* al enfoque estrictamente *utilitarista* o *monetarista*<sup>60</sup>. En la *noción de eficiencia que se propone*, se alude una concepción menos “reduccionista”, esto es - siguiendo a POLINSKY -, a la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma<sup>61</sup>.

Pues bien, expuestos estos conceptos, y asumiendo que *puede* existir un conflicto entre la *eficiencia* y la *equidad* o la *redistribución*, entendemos que debe aspirarse a la búsqueda de lo que podría denominarse *óptimo social* (la justicia), es decir, la búsqueda de la mejor solución posible, como resultado de la ponderación de los diversos intereses concurrentes (políticos, económicos

---

<sup>57</sup> Una breve exposición de estos conceptos en, GARCÍA FERNÁNDEZ. *El Derecho del Trabajo en la recesión económica española*, op. cit., p. 305 y 306.

<sup>58</sup> DE LA VILLA GIL. *La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea*, op. cit., p. 16.

<sup>59</sup> Parece corroborar esta opinión GARCÍA FERNÁNDEZ, cuando afirma que existe “un defecto básico en la elaboración del Derecho del Trabajo: el sistema institucional y las normas laborales se actúan sin considerar, salvo esporádicamente y, con duración siempre limitada, su impacto en la organización de los recursos productivos del país, o por lo menos, considerándola de forma secundaria. (...) El Derecho del Trabajo ha de insertarse en la planificación de la economía, en la misma medida en que se planifiquen otros institutos y normas de convivencia. Es la forma de abandonar esa absurda dicotomía entre el Derecho del Trabajo de la expansión y el Derecho del Trabajo de la crisis”. GARCÍA FERNÁNDEZ. *El Derecho del Trabajo en la recesión económica española*, op. cit., p. 308.

<sup>60</sup> Lo que implica que, primero, no sólo se refiere exclusivamente a la búsqueda de la satisfacción personal de cada individuo; y, segundo, asumiendo que en la medida que no todas las magnitudes son cuantificables en términos monetarios, el mercado no es siempre el sistema de decisión óptima.

<sup>61</sup> POLINSKY. *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit. De todos modos, como se ha expuesto (*vid. nota supra*) el concepto de eficiencia no es uniforme.



y sociales)<sup>62</sup>. Y para ello, debe tenerse en consideración *todos los valores* que conforman la organización de una sociedad, jerárquicamente organizados, con arreglo a los criterios sociales imperantes, incluyendo asimismo a la *eficiencia*<sup>63</sup>.

En definitiva, a diferencia del planteamiento económico neoclásico, se estaría desbancando la idea preeminente de la eficiencia, pues, si se estima importante fomentar *una cierta idea* de justicia, puede ser deseable sacrificar cierta eficiencia en pro de una mayor equidad<sup>64</sup>. Aseveración que, no obstante, no hace más que desplazar la incógnita a un estadio de abstracción superior, pues, aunque se identificaran los valores que una sociedad estima como imperantes, queda por averiguar cuál es el método idóneo que posibilite su jerarquización<sup>65</sup>. Discriminación que, en esencia, está definida por los vectores poder y coerción, y que debe resolverse desde la perspectiva de la ciencia política, quedando – también - fuera del objeto de análisis de este estudio.

A pesar de ello, o mejor dicho, dada una determinada estructura de poder, lo cierto es que, en la medida que las consecuencias de una institución jurídica repercutan en diversos planos o valores sociales, provocando el sacrificio de alguno de ellos, se desprende que “la bondad de cualquier institución jurídica se convierte en una decisión social sobre la medida en que una comunidad considera que el sacrificio de unos valores es menos grave que las ventajas sociales que comporta la realización de otros”. Por lo que puede afirmarse que “una situación

---

<sup>62</sup> De hecho la propia doctrina laboral entiende que la solución al mantenimiento del empleo, debe centrarse en una visión ponderada de los intereses en juego. “Habrá que aceptar una posición intermedia, que combine prudentemente el derecho de los trabajadores a una razonable seguridad en cuanto a la duración de su empleo y el derecho de los empresarios a organizar también racionalmente el proceso productivo adaptando las plantillas a las necesidades reales de cada momento. La fijación de esa posición es cualquier cosa menos sencilla; se trata de una delicadísima tarea político-jurídica que corre el riesgo casi inevitable (así lo demuestra la experiencia) de no contentar del todo a ninguna de las partes. Pero ése es el riesgo inherente a todo el Derecho del Trabajo en su conjunto, en cuanto que su meta es la obtención de un difícil compromiso social y económico, del que en nuestros días vienen siendo artífices, a través del diálogo social, empresarios, trabajadores y poderes públicos”. **MONTOYA MELGAR**. *La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*, op. cit., p. 62. De hecho, se afirma que “la búsqueda de soluciones equilibradas entre el factor social (los derechos de los trabajadores) y el económico (la producción y el beneficio empresarial) es así el cometido último de la legislación laboral”. **MONTOYA MELGAR**. *Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)*, op. cit., p. 57; y *Poder del empresario y movilidad laboral*, op. cit., p. 166.

<sup>63</sup> No obstante, conviene tener presente que a diferencia de la eficiencia el resto de valores que conforman nuestra idea de justicia, son, como sostiene **BARBERÁ SÁNDEZ**, desde luego mucho más difíciles de expresar analíticamente, aunque sería interesante poderlo hacer porque esto permitiría incorporarlos, en pie de igualdad con el concepto de eficiencia económica. **BARBERÁ SÁNDEZ**. *Justicia, Equidad y Eficiencia*, op. cit., p. 213.

<sup>64</sup> **POLINSKY**. *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 21. También, **CALSAMIGLIA**. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 287; y **PASTOR PRIETO**. *Una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 159. Para **CALABRESI** un sistema económicamente óptimo, que sea percibido como injusto, será total o parcialmente inaceptable, sin que la mejor de las defensas de su eficiencia pueda hacer nada para evitarlo”. **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 43. De este modo, la justicia opera como un test final que contradice la defensa de la eficiencia como criterio prioritario. **DURÁN Y LALAGUNA**. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 130.

<sup>65</sup> En términos similares, **BARBERÁ SÁNDEZ**. *Justicia, Equidad y Eficiencia*, op. cit., p. 213. Desde la perspectiva económica, se entiende que si en cualquier sociedad deben resolverse conflictos de intereses entre sus miembros, debe averiguarse las formas de discriminación que deben emplearse para decidir en qué grado cada persona va a poder lograr diversos niveles de objetivos. **ALCHIAN**. *Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad*. HPE nº 68, 1981, p. 325. En términos similares, la doctrina laboral entiende que “el esfuerzo de política de empleo de un país ha de ser, necesariamente, limitado, lo que obligará a establecer jerarquías y prioridades” entre los objetivos a seguir. **MARTÍN VALVERDE**. *La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 67.

eficiente debe ser preferida cuando lo que hace máximo es el conjunto de valores que ha establecido, y con la jerarquía que los ha establecido”<sup>66</sup>.

Y, precisamente, según estas premisas, entendemos, debe operar la lógica del Derecho del Trabajo que disciplina la estabilidad en el empleo<sup>67</sup>.

### ***3.- El método analítico de la Economía y el realismo antiformalista.***

La utilización del método analítico de la economía para comprender la exégesis del sistema jurídico se aleja sustancialmente de lo que, en términos generales, se conoce como *positivismo formalista*. La crítica normativa, entendemos, no debe desentenderse de la sociedad en la que se crea y se aplica el Derecho, sino que debe aspirarse al conocimiento integral del Derecho tomando conciencia de la realidad social<sup>68</sup>.

Esta perspectiva, que puede subsumirse en lo que genéricamente se conoce como *realismo antiformalista*, no debe interpretarse como una ruptura con el método jurídico tradicional, sino como un intento de conocer más profundamente la realidad jurídica<sup>69</sup>. Partiendo de la base de que la comprensión de la función real del derecho sólo puede ser adecuadamente comprendida si no es partiendo del análisis de las estructuras normativas, el análisis jurídico de la disciplina laboral exige una explicación global y, por ello, precisa de un enfoque científico capaz de situar la secuencia jurídica en una perspectiva más amplia<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 40 y 41. Vid. también, GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 500 y 501.

<sup>67</sup> Teniendo siempre presente que el Derecho es un “instrumento de estabilización de situaciones de privilegio”, por lo que puede afirmarse que “el derecho es política en cuanto que, como instrumento de control social en manos del estado, su contenido normativo y su empleo responden a la orientación clasista del mismo, procurando la perpetuación de las situaciones hegemónicas en el seno de la sociedad, y operando, llegado el caso, los necesarios reajustes que traduzcan los avances (o retrocesos) de los grupos sociales en posición subordinada”. Paralelamente, el contenido del Derecho “significa siempre una opción política, una elección de intereses contrapuestos, que refleja la correlación de fuerzas en presencia de una determinada estructura social”. MARTÍN VALVERDE. *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 77 y 78.

<sup>68</sup> A pesar de que el proceso *antiformalista*, como apunta CASAS BAAMONDE, adquiere un gran impulso a partir de la crisis económica capitalista de los años 70, entendemos que sigue manteniendo plena vigencia en la actualidad, pues aunque ya no se hable del “derecho del trabajo de la emergencia”, lo cierto es que la hemorragia legislativa (que ha adquirido naturaleza estructural) que padece el sistema jurídico español, recomienda “el descenso desde la norma hacia la conjunción de la norma con los hechos”. CASAS BAAMONDE. *Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el derecho del trabajo de la crisis*. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984, p. 53 a 57. Reclamando una tarea interdisciplinar que acerque el análisis jurídico a la realidad de los hechos, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER. *Derecho del trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 267.

<sup>69</sup> SALA FRANCO. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 43 a 45. Aunque conviene advertir que el mencionado autor, pese a abogar por una metodología de signo antiformalista, sólo habla de la apertura del estudio del Derecho hacia la sociología y la filosofía, sin mencionar a la economía. Vid. también, RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYAN. *De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas a la luz de su evolución legal*, op. cit., nota 254, p. 99.

<sup>70</sup> CASAS BAAMONDE. *Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el derecho del trabajo de la crisis*, op. cit., p. 58 y 59. Aunque se aboga por un enfoque científico de orden sociológico.

Circunstancia que, de hecho, está intrínsecamente vinculada a la génesis del Derecho del Trabajo como rama del ordenamiento jurídico, pues, como expone SUPLOT, las primeras leyes sociales parten directamente en una constatación sociológica (concretamente, la degradación de las familias obreras), lo que conllevará la irrupción de una nueva racionalidad jurídica, distinta de la establecida por la lógica individualista del Derecho Civil; estableciéndose, por otra parte, relaciones extremadamente ambiguas entre las categorías jurídicas y las categorías sociológicas<sup>71</sup>.

No obstante, antes de proceder al análisis interdisciplinar que posibilita el uso de la metodología económica, deben evaluarse brevemente sus defectos y virtudes analíticas:

Una de las características de la ciencia económica es que, en la determinación de los fenómenos que son objeto de estudio, no especifica los elementos que permiten identificar a las conductas humanas susceptibles de análisis, sino que “únicamente logra atribuirles una significación económica”, posibilitando que respecto a ellas sean aplicables las herramientas analíticas y conceptuales elaboradas por la propia ciencia económica. Es decir, se parte de la “suposición de que ciertas conductas se realizan *como si* los hombres que las ejecutan tuvieran en cuenta ciertos motivos específicos”. Motivos que, en términos generales, pueden identificarse con la postulación de una conducta maximizadora, el equilibrio de mercado y las preferencias estables, siempre que se presuponga un contexto de medios escasos y fines en competencia. En síntesis, la búsqueda de un lucro o de una maximización de utilidad en un contexto de escasez<sup>72</sup>.

*Enfoque* que ha pretendido elevar a la economía a la categoría de ciencia y a autocalificarse como la teoría “marco” de las demás ciencias sociales<sup>73</sup>. De hecho, la cuestión del *método* económico es un aspecto de crucial importancia, especialmente entre quienes piensan que lo característico de la economía no es la materia objeto de estudio, sino precisamente el método que emplea, puesto que, al proporcionar un enfoque *generalizador o universal*, posibilita la extensión del objeto de estudio a numerosas esferas del comportamiento humano<sup>74</sup>.

Sin embargo, como recoge COSSÍO DÍAZ, si los planteamientos de BECKER, en un primer momento, parecen sostienen que el “enfoque económico puede aplicarse a *cualquier* conducta humana”, posteriormente, acepta que “sólo una ‘parte’ de las conductas humanas

---

<sup>71</sup> SUPLOT. *Crítica del Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 222 y 226.

<sup>72</sup> COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 192 a 194 y 196.

<sup>73</sup> BECKER. *El enfoque económico del comportamiento humano*, op. cit., p. 18.

<sup>74</sup> PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 33; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 769 a 771; y BECKER. *El enfoque económico del comportamiento humano*, op. cit., p. 12. El concepto “conducta económica” cumple una función identificadora, pues permite especificar los fenómenos que son objeto de estudio para la ciencia económica. Ahora bien, aceptado este concepto, se plantea la dualidad entre el concepto identificador y la conducta identificada. Mientras el primero (conducta económica) es formal, abstracto y tautológico, la segunda (la conducta identificada) es un acontecer real pero considerado económico por la asignación (externa) de cierto significado. Precisamente, esta diferencia de momentos es la que, en última instancia, ha permitido a la teoría económica una expansión que ha llegado a denominarse “imperialismo económico”. COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 205.

puede identificarse como posible objeto de estudio de la economía o, lo que es igual, que sólo ciertos aspectos de las conductas humanas pueden ser considerados como ‘conductas económicas’”. Aunque el enfoque económico pueda aplicarse a cualquier conducta humana, no se desprende que pueda explicar todos los aspectos de la conducta humana<sup>75</sup>.

La ciencia económica parte como principio de una reducción formal del objeto económico susceptible de estudio (*reduccionismo*)<sup>76</sup>. Es, en definitiva, diseccionista y su valor cognoscitivo se encuentra fuertemente relacionado con la delimitación precisa de un problema y el aislamiento de otros problemas que se acostumbra a tratar indiferenciadamente<sup>77</sup>. Esto quiere decir que como ciencia tiende a la autolimitación.

Sin embargo, este reduccionismo, fruto de una elección convencional, desemboca en una pérdida de toda referencia con la realidad que pretende describir<sup>78</sup>. Con el propósito de comprender el comportamiento de los grupos, se parte de la base de que esto sólo es factible a partir del conocimiento de la conducta de los individuos que los constituyen cuya actitud es maximizadora de utilidad, su comportamiento se estima racional y el entorno, lejos de operar como un determinante, actúa como definidor de límites<sup>79</sup>. Esto es, presuponiendo el sentido de todas las conductas económicas. A partir de la asunción de una serie de principios (individuos con necesidades y escasez de medios para su satisfacción), se construye una “teoría general” que pretende abarcar la totalidad de fenómenos económicos, pero paralelamente se obvian todos aquellos que no son reconducibles a dichos principios<sup>80</sup>.

Por otra parte, los principios sobre los que se fundamenta la ciencia económica no dejan de enunciar “una tautología que no puede ser sometida a refutación o contrastación”,

---

<sup>75</sup> **COSSÍO DÍAZ**. *Derecho y análisis económico*, op. cit., p. 194. En este sentido también, **CORONA**. *La racionalidad en el análisis económico*, op. cit., p. 39.

<sup>76</sup> **RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES**. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 789 y ss.

<sup>77</sup> **CALSAMIGLIA**. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 268.

<sup>78</sup> Como expone **STIGLER** en sus memorias, “los teóricos de la economía, como todos los teóricos, estamos acostumbrados (mejor dicho, obligados) a tratar con ‘modelos’ y problemas simplificados y, por tanto, no realistas”. **STIGLER**. *Memorias de un economista*, op. cit., p. 77. En cambio, **PEJOVICH** sostiene que la idea de que las teorías económicas son abstractas y están divorciadas de la vida real es un error. Las teorías tratan de explicar eventos del mundo real y son *generales* porque deben ser aplicadas a muchas situaciones; *pertinentes* porque generan proposiciones verificables que tienen implicaciones para fenómenos observables; y *abstractas* porque eliminan del análisis muchas variables carentes de importancia. Por tanto, “la aplicabilidad o utilidad de una teoría tiene poco que ver con su nivel de abstracción. La pertinencia de la teoría depende de que produzca o no proposiciones verificables que se hallen dotadas de un contenido de explicación y pronóstico para gran número de fenómenos observables”. **PEJOVICH**. *Fundamentos de Economía*, op. cit., p. 16 y 17. *Vid.* también **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA**. *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*, op. cit., p. 14 y 15.

<sup>79</sup> **TOMÁS CARPI**. *El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica*, op. cit., p. 50.

<sup>80</sup> Por ejemplo, toda persona tiene diversos espacios de valoración que dificultan la intercomparabilidad de utilidades; además, conviene tener presente que la racionalidad económica obvia el rol jugado en los asuntos sociales por la no-intencionalidad, el comportamiento no racional y la coerción. Por otra parte, resulta más que discutible que el comportamiento y la acción social y política se reduzcan exclusivamente al comportamiento y a la acción de los individuos. No sólo existen procesos sociales (como la crisis, el atraso, el conflicto social y político) que desbordan la lógica de la elección racional; sino que, además, la perspectiva individualista rechaza el papel históricamente central de las relaciones socioeconómicas, políticas e ideológicas que, aunque manifestadas individualmente, son el producto de procesos colectivos en los que interactúan grupos ligados y contrapuestos por intereses y trascendencia social. **TOMÁS CARPI**. *El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica*, op. cit., p. 51 y 52.

produciéndose una descontextualización de la noción de racionalidad. Hasta el punto de que “al no existir algo que pueda medir la utilidad, se puede atribuir esta finalidad a cualquier comportamiento; partiendo de que todo individuo actúa según su propio interés, o según sus deseos o preferencias, y no definiendo lo que se entienda por interés es casi imposible demostrar que alguien actúe en contra de sus intereses (...). De esta forma se puede asignar una racionalidad económica a actividades diversas y contrapuestas en tanto que todas demuestran un interés por su realización”<sup>81</sup>. En definitiva, la asunción del principio utilitarista implica que la fuente fundamental de conocimiento es la *introspección*, una *suposición* de quien realiza una conducta humana persigue un determinado fin<sup>82</sup>, o lo que es lo mismo, la explicación de todo, sin mostrar nada<sup>83</sup>.

Pues bien, como sintetiza MERCADO PACHECO, “reducido el concepto de racionalidad a la tautología descrita y reducido el problema económico al cálculo maximizador”<sup>84</sup>, y asumiendo que detrás de la aparente científicidad de la economía se halla un haz de juicios de valor que la fundamentan<sup>85</sup>, la mensuración adecuada de la utilidad que debe atribuirse al aparato analítico económico queda – entendemos – debidamente contextualizada<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 120 y 124. *Vid.* también, **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA**. *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>82</sup> Es decir, *suponiendo* que una determinada conducta “se realizó como si quien la llevó a cabo hubiera tenido en cuenta aquellos elementos que se hayan considerado propiamente económicos”. **COSSÍO DÍAZ**. *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>83</sup> **TOMÁS CARPI**. *El enfoque de los 'property rights': una revisión crítica*, *op. cit.*, p. 53; y **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA**. *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>84</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>85</sup> Y, por lo tanto, asumiendo que en la metodología económica subyace una determinada visión previa de la realidad socioeconómica, que desemboca en la adopción de continuas elecciones de naturaleza política. *Vid.* al respecto, **SALA FRANCO**. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 45 y 46,

<sup>86</sup> Paralelamente, siguiendo la exposición de **CALSAMIGLIA** (*Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 274 a 278), existen una serie de defectos, que podrían calificarse como *estructurales*, que muestran que en determinadas circunstancias la “mano invisible” del mercado no funciona. Se trata de supuestos que no están vinculados a las deficiencias del “metamercado”, sino que muestran las limitaciones de la hipótesis fundamental de los partidarios de la libertad de mercado. El primero de estos supuestos, se refiere a lo que se conoce como el *dilema del prisionero*. En determinadas circunstancias, no existe una relación directa entre racionalidad y eficiencia, y el individuo racional y egoísta consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos (si externamente se obligara a la cooperación aumentaría el bienestar social). Es decir, que en determinadas situaciones – siguiendo la reflexión de **FRANCÉS** - el individuo sólo puede ser egoísta incompleto y en el intento de “completar” nuestro egoísmo se tiende, paradójicamente, a la solidaridad y en último término a la moralidad. **FRANCÉS**. *Introducción a la obra de GAUTHIER. Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*. Paidós. Barcelona, 1997, p. 10. La ciencia económica, ha analizado profusamente esta situación y entiende que la cooperación es poco probable cuando el *juego* no se repite, pues falta información sobre los demás jugadores o el número de ellos es muy elevado. En cambio, se observan conductas cooperativas cuando los individuos interactúan repetidamente, tienen mucha información recíproca y el grupo está caracterizado por pocos participantes. **NORTH**. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, *op. cit.*, p. 24 y 25. El segundo de los supuestos, se refiere a los *bienes públicos*. A diferencia de los bienes privativos, los bienes públicos no son excluyentes, por lo que es posible que una persona actuando *racionalmente* se beneficie del uso de un bien público sin contribuir a su coste, pudiendo destinar sus recursos al consumo de bienes privados (lo que genera la aparición de los *free riders*). En el extremo, esta conducta conduciría a la quiebra del sistema (a la desaparición de los bienes públicos), a no ser que se imponga algún tipo de intervención externa (**CALSAMIGLIA**, además, cita dos más – externalidades e información asimétrica – que serán expuestas posteriormente). En este sentido, resulta sumamente interesante la síntesis que **CALSAMIGLIA** realiza de la obra de **GAUTHIER** (aunque con algunas matizaciones). Según este autor, partiendo de un ideal de justicia individual, en la medida que la maximización absoluta de los beneficios individuales del hombre económico puede derivar en resultados ineficientes, debe abogarse por una idea de *homo oeconomicus* que maximice limitadamente sus intereses, buscando activamente la cooperación (sin que - separándose

La aceptación de estas limitaciones, sin embargo, no debe interpretarse como un rechazo de su metodología ni de su capacidad analítica; especialmente, si se tiene en cuenta que “la teoría económica ha utilizado profusamente instrumentos analíticos formales muy sofisticados para apuntalar sus tesis”<sup>87</sup>. Es decir, el hecho de que no pueda explicarlo *todo*, no significa que no pueda explicar *nada*<sup>88</sup>. Por ello, puede afirmarse que su utilidad no reside tanto en las posibilidades de describir detalladamente la realidad, sino “en la luz que puede ofrecer para plantear problemas, para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para proponer medidas para mejorar la sociedad”<sup>89</sup>. Sería un error, parafraseando a GÓMEZ POMAR, atribuir a la economía la capacidad de comprender la realidad, describirla y abarcarla en toda su complejidad y todos sus detalles y matices; debiéndose, en cambio, de atribuir la virtud de explicar la realidad a través de una serie de rasgos o factores estimados como relevantes (y que pueden variar, cambiando así tal vez la explicación), y predecir cómo el cambio de los factores considerados puede influir en la situación de conjunto que se alcance<sup>90</sup>.

El análisis económico tiende hacia la construcción de modelos racionalizadores y simplificadores de la complejidad legal<sup>91</sup>. Y, precisamente, su virtud reside en las posibilidades de ofrecer modelos sencillos que hacen abstracción de aspectos concretos de la realidad social<sup>92</sup>. Es decir, construye proyecciones generales que puedan ser usadas “para diseñar políticas, para evaluar, conectando fines y medios, los procedimientos y doctrinas legales y elegir entre las diversas alternativas de decisión aquella que sea congruente con los objetivos prefijados”<sup>93</sup>. Lo que permite afirmar que la economía pronostica los efectos de las políticas

---

de HOBBS y LOCKE - sea necesaria la concurrencia de coacción alguna y que denomina “moralidad por acuerdo”), pues “en situaciones de elección estratégica la disposición a hacer elecciones maximizadoras limitadas es maximizadora de utilidad”. CALSAMIGLIA. *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 17, 20 y 21.

<sup>87</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 268. Lo que permite superar una de las objeciones que se han planteado a la corriente realista, cual es que la vocación por la investigación empírica ha sido más proclamada y afirmada que practicada. *Vid.* SALA FRANCO. *El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>88</sup> CORONA. *La racionalidad en el análisis económico*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>89</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 268. De hecho, como apunta el propio autor (*Justicia, eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 306) “el arte de la economía consiste en elegir hipótesis que simplifiquen el problema lo suficiente para que puedan entenderse mejor determinadas características del mismo. Ahora bien, estas hipótesis se elaboran porque el mundo económico es demasiado complejo para analizarlo ‘totalmente’”.

<sup>90</sup> GÓMEZ POMAR. *El derecho de los accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas*. En “Análisis Económico del Derecho y de la Política (Ed. Puy Fraga)”. Fundación Alfredo Bañas. Santiago de Compostela, 1993, p. 87. Para ello, prosigue el citado autor, “se elaboran modelos, pequeñas construcciones intelectuales de cómo funciona el ámbito que interesa conocer (...), que voluntariamente abstraen o dejan en un segundo plano buena parte de los elementos que componen la realidad de las situaciones (...) y se concentran en aquellos factores que considera más trascendentes o, simplemente, cuya incidencia en el resultado del nivel de accidentes quiere analizarse en aquel momento”.

<sup>91</sup> Según MARSHALL, citado por COSSÍO DÍAZ, “las leyes económicas pueden compararse a la de las mareas, más bien que a una ley tan sencilla y exacta como la de la gravitación, pues las acciones de los hombres son tan diversas e inseguras, que la mejor manifestación de tendencias que podamos hacer en una ciencia que trata de la conducta humana deberá necesariamente ser inexacta y errónea”, lo cual no implica reconocer la inutilidad de toda la ciencia. COSSÍO DÍAZ. *Derecho y análisis económico*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>92</sup> Aunque conviene advertir con CHEUNG que, si “toda ciencia empírica debe ser juzgada según el criterio relativo a en qué medida sus hipótesis llegan a ser confirmadas por la práctica, la ciencia económica, desde luego, no saldría airosa de semejante prueba”. CHEUNG. *El mito del coste social*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>93</sup> MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 229 y 230.

sobre la eficiencia<sup>94</sup>. Circunstancia que posibilita el acercamiento empírico al estudio de los “hechos” desde el análisis del Derecho.

La construcción de modelos ideales no sirve, quizás, para describir la realidad, puesto que es evidente que en la realidad social no se da nunca el modelo, sino para evaluar “desde el modelo por qué la realidad es como es y para *proponer desde el modelo medidas de modificación*”<sup>95</sup>. Así, “la ciencia económica no gira alrededor de ‘explicaciones de detalle’, sino de ‘explicaciones de principio’, de contextos generales y de tendencias. Por eso basta con que la hipótesis legal represente una aproximación suficiente a la realidad y coincida con ella en general”<sup>96</sup>. Es decir, se prefiere construir un modelo, un esquema de relaciones, en el que las premisas queden firmemente establecidas y puedan ser usadas para derivar un análisis consistente del problema bajo su consideración<sup>97</sup>.

Por otra parte, como se ha expuesto, el análisis económico ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes<sup>98</sup>, repercutiendo en la metodología analítica, puesto que se traduce en el tránsito de un método de análisis *inductivo* a uno *deductivo*. Dada una realidad jurídica determinada, proporciona en medio para derivar predicciones sobre la conducta de los individuos o bien, un medio de derivar un conjunto de normas que persuadan la conducta socialmente deseada<sup>99</sup>.

#### **4.- Recapitulación.**

El AED, a pesar de todas sus imperfecciones, puede ser un instrumento analítico extraordinariamente útil para acerca el Derecho a la realidad (superándose el formalismo jurídico), porque puede ayudarnos a evaluar si la norma alcanza los objetivos propuestos y si vale la pena seguir destinando recursos para ello. Entendemos que toda norma jurídica debe tender hacia la eficiencia (conjuntamente – o en la medida de lo posible – con otros objetivos concurrentes, como la equidad, la seguridad jurídica, etc.), especialmente, porque el despilfarro

---

<sup>94</sup> COOTER y ULEN. *Derecho y economía, op. cit.*, p. 14. Circunstancia a la que añaden que es siempre relevante para la elaboración de las mismas [las políticas], ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a costo menor”.

<sup>95</sup> CALSAMIGLIA. *Justicia, eficiencia y derecho, op. cit.*, p. 306.

<sup>96</sup> HAYECK y POPPER, *cit.* SCHÄFER y OTT. *Manual de análisis económico del derecho civil, op. cit.*, p. 65. *Vid.* también, POLINSKY. *Introducción al análisis económico del derecho, op. cit.*, p. 14 a 16.

<sup>97</sup> MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho, op. cit.*, p. 230. En definitiva, citando a KITCH, “el propósito del análisis económico es identificar el componente sistemático del fenómeno examinado y separar este componente del fenómeno causal; esta forma de proceder permite al jurista liberarse de la obligación de explicar cada caso y problema particular y dirigir su atención a la identificación de tendencias y categorías generales” (p. 230).

<sup>98</sup> COOTER y ULEN. *Derecho y economía, op. cit.*, p. 14.

<sup>99</sup> STEPHEN. *The economics of the law*. Martinus Nijhof Publish, 1986, p. 7. *Cit.* MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho, op. cit.*, nota 33, p. 230; y PASTOR PRIETO. *Una introducción al análisis económico del derecho, op. cit.*, p. 157.

también puede calificarse como una manifestación de la injusticia. Lo que, desde la perspectiva del sistema jurídico, pone de manifiesto que ésta no es una opción de política legislativa. Por consiguiente, descartamos todo método analítico que tienda a una concepción universalista de la economía (rechazando los planteamientos de la “Escuela de Chicago”). La aplicación de todos estos aspectos al ámbito del Derecho del Trabajo y, específicamente, al análisis de la estabilidad en el empleo, nos resulta especialmente adecuado, desde el instante que la pérdida del empleo es un riesgo y el ordenamiento jurídico prevé una serie de medidas dirigidas a neutralizarlo. El planteamiento conceptual propuesto por CALABRESI, sintéticamente expuesto, puede ser un excelente mecanismo para tratar de evaluar la efectiva intensidad con la que se protege el empleo, identificar problemas y proponer posibles medidas para mejorarlo.

El esquema preventivo que se presenta a continuación es un modelo teórico abstracto que *no está adscrito a un sistema jurídico determinado, vigente en un momento histórico concreto*. El objeto de este capítulo consiste, pues, en definir una estructura conceptual que permita analizar las medidas dirigidas a garantizar la continuidad del empleo, reduciendo consiguientemente el incremento del paro. La definición de esta estructura conceptual pretende ser un instrumento que permita descubrir la exégesis de las medidas legislativas adoptadas hasta el momento y las posibles incoherencias y contradicciones inherentes en las mismas.

- Retomando el hilo de las medidas de prevención aplicables ante un determinado riesgo planteadas por CALABRESI (primarias, secundarias y terciarias), en el epígrafe que sigue procederemos al estudio sintetizado de las dos primeras, destacando aquellas cuestiones más relevantes a los efectos de nuestro análisis (como se comprenderá, nuestra intención no es reiterar pormenorizadamente el esquema conceptual que plantea el citado autor – por lo que algunas cuestiones que se exponen en su obra no serán tratadas).

En lo relativo al *iter* expositivo (siguiendo el mismo criterio que CALABRESI), se empezará por la prevención secundaria y, posteriormente, por la primaria.



## ***II.- La prevención secundaria y la imputación de los costes derivados del perfeccionamiento de un riesgo.***

Perder el empleo es un riesgo de todo trabajador y cuando se perfecciona genera un daño que se traduce en un coste. Los costes secundarios son todos aquellos daños causados a la “víctima”, así como los daños inmateriales y los provocados a terceros<sup>100</sup>.

Pues, bien, el ordenamiento jurídico a la hora de imputar los costes derivados de un riesgo puede realizar alguna de las cosas siguientes: (1.-) dejar que sea la víctima quien soporte los costes; (2.-) imputarlos a alguna parte que esté involucrada en la contingencia; (3.-) dividirlos entre todas las partes que se hayan visto envueltas en ella; o (4.-) transferirlos de lugar y ponerlos a cargo del contribuyente<sup>101</sup>.

Del análisis de estas cuatro opciones se desprende que a la hora de imputar los costes derivados de un daño (en este caso, por la pérdida del empleo), no existe un vínculo patrimonial inexorable entre el “agresor” (empresario) y la “víctima” (trabajador). No existe ningún motivo inquebrantable que obligue a escoger entre las dos categorías de sujetos que forman parte de la relación contractual. Se trata de una construcción jurídica perfectamente refutable y sustituible<sup>102</sup>. Por lo tanto, la cuestión relativa a quién debe soportar los costes de un determinado daño puede variar en función de la finalidad preventiva que se persiga. Así, de un modo sintético, las opciones pueden oscilar entre imputar el coste al causante del mismo, con el riesgo de que la “víctima” no perciba compensación alguna si se declara insolvente, o bien, para evitar este riesgo, decidir la socialización del gasto (a cargo de una institución del Estado, por ejemplo) y así garantizar el resarcimiento, pero a costa de que el causante del daño no reciba los impulsos suficientes para disuadirlo de futuros comportamientos socialmente indeseados<sup>103</sup>. Por lo tanto, la cuestión relativa a quién debe soportar los costes de un determinado perjuicio puede variar en función de la finalidad que se persiga.

En sustancia, si nuestro objetivo es la reducción del número de situaciones susceptibles de generar un daño, debe configurarse un determinado modelo de responsabilidad que desincentive las actitudes que potencialmente pueden provocarlo. Lo que no significa que, desde una perspectiva de *prevención global*, deba descartarse *per se* el uso de mecanismos de compensación socializada. Como ya se ha apuntado, el objetivo no sólo se reduce a limitar los

---

<sup>100</sup> SCHÄFER y OTT. *Manual de análisis económico del derecho civil*, op. cit., p. 99. Además, “hay que pensar siempre que los costes, desde un punto de vista económico, no son sólo los gastos, sino también valores de utilidad perdidos”.

<sup>101</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 66 y 67.

<sup>102</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 39 y ss.; y DE COSSIO. *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español*, op. cit., p. 528 a 530.

<sup>103</sup> Si se quiere adoptar una determinara política preventiva es claro que acertar en la imputación de la responsabilidad a aquellos sujetos que están en condiciones de evitar el accidente es un aspecto a tener muy en cuenta. BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*. RDM 1983, nº 167-168, p. 88. *Vid.* también DESDENTADO BONETE. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes*. RDS nº 24, 2003, versión digital (TOL 352.014), p. 2.

costes primarios, sino que paralelamente se debe tratar de articular medidas que garanticen la correcta compensación de los perjuicios sufridos por las “víctimas”; máxime cuando no se puede garantizar la solvencia del “agresor”, y el consiguiente resarcimiento a la “víctima” puede quedar insatisfecho.

Otro aspecto extraordinariamente relevante a la hora de evaluar los costes secundarios y de valorar la eficiencia de la prevención secundaria es que los “agredidos” tengan una rehabilitación efectiva en el menor tiempo posible. La incertidumbre en cuanto a su percibo y cuantía, así como la dilación son elementos que se traducen en un incremento de los costes secundarios.

Dicho esto, siguiendo con la exposición de CALABRESI, a grandes rasgos, pueden identificarse distintos modelos (tres) de imputación de los costes secundarios. El primer modelo parte de la idea de que el fraccionamiento de los daños es preferible (menos perjudicial) a que se imputen en su totalidad a una sola persona. Planteamiento que se deriva de la teoría de la *utilidad marginal del dinero*<sup>104</sup>. En principio, desde el punto de vista de la remoción de los costes secundarios, es preferible (más ventajoso) el fraccionamiento, pues, “los trastornos sociales y económicos son mucho más intensos cuando una sola persona soporta una gran pérdida que cuando son muchas las que sufren una pequeña, por haber encontrado un método de fraccionar aquella”<sup>105</sup>. Lo que describe un modelo de *fraccionamiento total*.

Como variante a este modelo de fraccionamiento (total) de los daños, CALABRESI propone un modelo de *fraccionamiento parcial*, denominado de “buena bolsa” (*deep pocket*). Este modelo consistiría en imputar “las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas”. Por ejemplo, como si se imputara a los que normalmente designamos como “ricos”. Sistema que sobre la base de la teoría de la utilidad marginal del dinero, alcanzaría una satisfactoria reducción del coste secundario. La mayor eficacia de este sistema de imputación de los costes frente al modelo de fraccionamiento total, está condicionada al acierto en la determinación de las personas idóneas que deben pagar estos costes.

Finalmente, como tercer modelo, también cabe la posibilidad de que se opte por un sistema de *fraccionamiento personal*; o bien que se opte por un *fraccionamiento temporal*<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Según esta teoría, “si el perjuicio económico total fuera el mismo, la pérdida de pequeñas sumas es preferible a la de una mayor por el simple hecho de que se experimenta un daño mayor si una persona pierde un millón de pesetas que si diez mil de ellas pierden sólo cien pesetas cada una”. A pesar de la existencia de ciertas objeciones a la validez de este planteamiento, pues, no sólo no puede afirmarse su validez con carácter universal sino que, además, en ocasiones es falsa, CALABRESI sostiene que es válida cuando nos estamos refiriendo a los daños. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 55 y 56.

<sup>105</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 56.

<sup>106</sup> A partir de estos elementos CALABRESI describe tres modelos paradigmáticos de fraccionamiento del riesgo existentes en la Sociedad: la *Seguridad Social*, el *seguro privado* y la *responsabilidad de la empresa*. En cuanto a la *Seguridad Social* se puede optar por un fraccionamiento total o bien de “buena bolsa”. También cabe la posibilidad de gravar a los sujetos que tienen más propensión a causar siniestros. La elección de quién debe pagar el fondo de este seguro

De todos modos, conviene tener presente que ni el sistema de fraccionamiento total ni tampoco la variante de la “buena bolsa” apenas inciden en la reducción de los costes primarios. Y, como afirma CALABRESI, “es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez se hayan producido y, en cambio, no haga nada por evitarlos”<sup>107</sup>. Lo que nos introduce la cuestión relativa a la prevención primaria y que se analiza en el apartado que sigue a continuación.

---

depende de una decisión política y, sobre todo, en la voluntad de crear un sistema de prevención secundaria que, a su vez, tenga incidencia primariamente. El *seguro privado* (o comunidad voluntaria de riesgos) concurren normalmente un fraccionamiento temporal de los daños, un limitado fraccionamiento personal de los mismos o comunidad de riesgos (y por lo tanto representa un ahorro). El seguro privado sirve para proteger al asegurado frente a dos tipos de riesgos: el de tener que sufrir un accidente cuyos costes sean superiores al promedio general y el de padecer estos costes más pronto que la media. A partir de aquí, la cuestión reside en decidir cuántas categorías se configuran en función de la propensión al riesgo, esto es, delimita un cierto grado de concentración de pérdidas conforme a la probabilidad de los siniestros. Lo que lo asemeja extraordinariamente al Seguro Social (salvo que aquél tiene un carácter libre que no dispone éste). Finalmente, en cuanto a la *responsabilidad de las empresas*, comprende dos técnicas diferenciadas. Por un lado, la imputación de las pérdidas a aquellas categorías de sujetos que tienen una mayor tendencia a asegurarse o, aunque no lo hagan, demuestran una mayor capacidad para establecer una previsión propia adecuada (esto es, autoasegurarse mediante el ahorro). El segundo sistema consiste en imputar los daños a quienes se hallan en condiciones de transferirlos a los adquirentes de sus productos o a los factores de producción de los mismos. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 61 a 70

<sup>107</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 79.

### ***III.- La prevención primaria y la anticipación del riesgo.***

La prevención primaria aspira a reducir el número y la gravedad de las situaciones que provocan un daño. Toda medida de prevención primaria viene definida por dos factores: definición de la contingencia que se quiere evitar, por un lado; y elección del método con el que se quiere alcanzar dicho cometido, por otro. El primero delimita su ámbito de actuación, mientras que el segundo define su mecánica de funcionamiento.

#### ***1.- El riesgo: la situación previa de empleo.***

El análisis de toda medida preventiva primaria debe partir necesariamente de la descripción del riesgo al que se pretende anticipar. Según MERCADER UGUINA, el riesgo es una “idea sobre la que se asientan diferentes situaciones de incertidumbre, referidas a peligros que se analizan activamente en relación con posibilidades futuras”<sup>108</sup>. Así, frente a las incertidumbres que plantea el futuro, el hombre tiene dos opciones: o bien la parálisis y la resignación, conformándose con las adversidades y a expensas de “la religión, la tradición o los caprichos de la naturaleza”; o bien, asumir constantes riesgos que se aceptan en virtud de un tácito y difuso consenso en el que, de forma más o menos consciente, se ponderan los riesgos que genera una actividad y las necesidades que con ella se superan”. En suma, es consustancial a la evolución histórica del hombre la asunción del nivel de riesgo que está dispuesto a asumir como consecuencia de su progreso<sup>109</sup>.

Por otra parte, conviene tener presente que, genéricamente, “los riesgos afectan a la persona sujeta a ellos, no a su patrimonio”. Por lo tanto, “lo que se contempla es la incidencia de un hecho o azar sobre la persona humana en cuanto tal, o sobre las facultades que tiene, y

---

<sup>108</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*. La Ley Editorial. Madrid, 2001, p. 31. Así, citando a GIDDENS, resulta que “el riesgo se refiere a peligros que se analizan activamente en relación a posibilidades futuras. Sólo alcanza un uso extendido en una sociedad orientada hacia el futuro. La idea de riesgo supone una sociedad que trata activamente de romper con el pasado, la característica fundamental de la civilización moderna” (p. 31). Para delimitar el concepto de riesgo conviene distinguirlo del de peligro. Mientras que el primero tiene sus orígenes en una decisión y actividad humana, el concepto de peligro deriva de procesos naturales (p. 32). Por consiguiente, citando a NIETO, es consustancial al paulatino avance tecnológico la progresiva conversión de la sociedad en una sociedad de riesgo (p. 32). *Vid.* también HERNÁNDEZ MARTÍN. *El ámbito objetivo de la Seguridad Social*. En “Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1964, p. 56; y LOI. *La función del riesgo en el paso de la seguridad a la ‘flexiguridad’*. RL n° 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2853/2007).

<sup>109</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 31 y 32. *Vid.* también DWYER. *Riesgo y trabajo: La búsqueda de un nuevo paradigma*. RST, n° 39, 1999/2000, p. 3 y ss; y ALONSO OLEA. *La seguridad social: presente, pasado y futuro*, *op. cit.*, p. 159 y ss.

no sobre su prolongación en los bienes y derechos de que sea titular”<sup>110</sup>. Esta naturaleza personal, no obsta que los riesgos tengan una naturaleza económica, pues pueden generar *situaciones de necesidad* provocadas por una disminución de las rentas usuales o habituales<sup>111</sup>.

Para que pueda hablarse de *prevención primaria* es necesario que haya una situación susceptible de generar un riesgo, o en otros términos, *es indispensable que el trabajador esté empleado*. Si no fuera así, la cautela para evitar o prevenir anticipadamente los inconvenientes o daños temidos sería innecesaria. Al objeto de este estudio, el ámbito de actuación de la prevención primaria, se ciñe exclusivamente a prevenir el riesgo a que el trabajador pierda su puesto de trabajo, circunscribiéndolo a los supuestos de “*movilidad externa*”. El motivo de esta focalización del análisis responde principalmente a la idea ampliamente aceptada de que el régimen jurídico de estos supuestos extintivos es el parámetro que en último término delimita con precisión el nivel de estabilidad socialmente aceptado, al menos, desde un punto de vista de la eficiencia del sistema y del riesgo a perder el empleo. Con independencia de la intensidad con la que se promueva la protección del empleo a través del resto de instituciones jurídicas que conforman la estabilidad, la intensidad con la que el ordenamiento jurídico posibilita la *movilidad externa* es la que nos marca la *última frontera* del interés social y político por la conservación del negocio jurídico. Lo que, en modo alguno, debe interpretarse como una minusvaloración del resto de instituciones anteriormente analizadas en la conformación del citado principio, ni mucho menos, pues, a nuestro modo de ver, no debe confundirse la realidad analizada a los ojos de la dogmática jurídica de la que se obtiene a través del aparato analítico de la economía.

Paralelamente, a pesar de que frente a los supuestos de imposibilidad objetiva caben pocas medidas preventivas (por definición, imprevisibles o, si previsibles, inevitables) su estudio resulta interesante desde la perspectiva de las medidas de prevención secundaria, esto es, lo relativo al sistema de imputación o fraccionamiento de los costes. Lo que evidencia que las posibilidades de prevenir primariamente el acaecimiento del riesgo que se quiere evitar varía en función de la naturaleza del evento. Si bien, es posible adoptar medidas preventivas para dificultar la extinción injustificada del contrato, va a resultar mucho más complejo evitar la pérdida del empleo cuando tenga su origen en un supuesto de excesiva onerosidad o imposibilidad objetiva del empresario. En este contexto, en tanto que las extinciones injustificadas, a diferencia de la mayor parte de los supuestos citados, pueden reducirse en

---

<sup>110</sup> Además, “la incidencia del riesgo sobre el patrimonio sólo se toma en consideración indirectamente, en la medida en que la persona se su fuente o sostén”. ALONSO OLEA. *La seguridad social: presente, pasado y futuro*, op. cit., p. 160.

<sup>111</sup> ALONSO OLEA. *La seguridad social: presente, pasado y futuro*, op. cit., p. 160 y 161. No obstante, conviene tener presente que de acuerdo con la lógica de la Seguridad Social, se presume la necesidad por el mero hecho del acaecimiento del riesgo. Lo cual relega al riesgo a un segundo plano, porque se pretende favorecer la igualación de la protección ante la necesidad – aumentándola o disminuyéndola –, con independencia del riesgo que en concreto trae su causa (p. 161).

número y gravedad, es exigible que la reducción del coste primario sea un objetivo del sistema jurídico laboral.

Centrado el objeto de análisis, conviene retomar el estudio a partir de la afirmación, ya apuntada, que sostiene que el empleo de los individuos no puede mantenerse a cualquier precio<sup>112</sup>. En consecuencia, la sociedad debe plantearse con qué intensidad debe posibilitar la movilidad externa en un mercado de trabajo dado y, por lo tanto, qué perjuicios (costes) está dispuesta a soportar (destinar) para reducirlo<sup>113</sup>. En estos casos, según asevera BISBAL MÉNDEZ - que cita a CALABRESI -, no se trata de una jerarquización dramática, sino trágica y, por ello, “es esencial que la elección se haga de modo ‘que se preserven los fundamentos morales de la colaboración social. Si esto se consigue, la decisión trágica se transforma en un reparto de bienes que no parece implicar contradicciones morales’”<sup>114</sup>.

La pregunta que subyace, en este caso, es si es posible sostener un sistema de relaciones laborales en virtud del cual el empleo de los trabajadores pudiera quedar exento de todo riesgo al desempleo. Legalmente cabría la posibilidad de que se articulara un sistema cuyo objetivo prioritario y fundamental fuera la erradicación de los costes primarios derivados del desempleo, esto es, el *blindaje* de los puestos de trabajo. Opción, que desde un punto de vista de *estricta técnica jurídica*, no plantearía excesivos problemas, dado que “simplemente” bastaría la confluencia del consenso político necesario para que se adoptaran las reformas pertinentes. Sin embargo, desde una perspectiva de la prevención global es evidente que se trataría de una opción muy poco recomendable<sup>115</sup>. En suma, parece poco probable que un sistema de

---

<sup>112</sup> O como afirman CAMERLYNCK y LYON CAEN “no todo lo socialmente deseable es económicamente posible”. *Cit. SAGARDOY BENGOCHEA. La terminación del contrato de trabajo, op. cit.*, p. 18. Como apunta BISBAL MÉNDEZ, “la capacidad social de evitar los accidentes es casi absoluta. Pero ejercerla significa renunciar a otros bienes que se perciben como prioritarios. La aceptación del sufrimiento es una cuestión de legitimación. Una cuestión que depende de la forma y la fuerza con que se presentan esos otros bienes”. **BISBAL MÉNDEZ. La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso, op. cit.**, p. 76. *Vid. también, SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU. Prevenir y Castigar.* Marcial Pons. Madrid, 1997, p. 123 y 124; y **GÓMEZ y PASTOR. El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico, op. cit.**, p. 501 y 502.

<sup>113</sup> “La reducción de los daños no siempre tiene sentido. Existe una pauta superior para determinar el gasto necesario para la prevención de los daños, que aún puede ser considerada socialmente más útil. Consecuentemente, también hay una escala para los daños, cuya aceptación es, asimismo, socialmente útil”. **SCHÄFER y OTT. Manual de análisis económico del derecho civil, op. cit.**, p. 100.

<sup>114</sup> **BISBAL MÉNDEZ. La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso, op. cit.**, p. 76.

<sup>115</sup> Sin duda un modelo jurídico que fomentara estas políticas implicaría un despilfarro de recursos, convirtiéndolo en una norma inadecuada (o ‘mala’ por no ser justa). No debe olvidarse que todo lo relativo al empleo y, específicamente, al principio de estabilidad, está conformado por un determinado equilibrio, en el que concurren un conglomerado heterogéneo de intereses contrapuestos. Es decir, la lucha contra la *pérdida del empleo* no puede quedar circunscrita exclusivamente a la reducción de los costes primarios, sin antes analizar cuáles serían las repercusiones que podría derivarse de esta medida. Si así fuera (es decir, si se restringieran las posibilidades de movilidad externa), probablemente los costes derivados de esta medida preventiva serían muy superiores a los perjuicios que se quiere evitar (graves repercusiones en el desarrollo de la economía y de la actividad empresarial). En definitiva, en un modelo económico basado en la libertad de empresa, la apuesta por una política preventiva dirigida exclusivamente a reducir los costes primarios mediante el blindaje del empleo, debería desecharse. Es obvio que su implementación provocaría graves repercusiones, con un coste muy superior al perjuicio que se quiere evitar. En efecto, la “*fossilización*” de la plantilla *a toda costa* o bien forzaría al empresario a no contratar o bien desembocaría irremediabilmente en la muerte de la actividad empresarial a medio o largo plazo. Consecuencias que desaconsejan claramente este tipo de medidas preventivas. Ya en los años cincuenta, PÉREZ BOTIJA, afirmaba que “prohibir a ultranza los despidos puede originar un serio debilitamiento en el aparato patrimonial de las empresas, pero, sobre

relaciones laborales en el que se *blindara* el empleo en estos términos tuviera visos de alcanzar resultados positivos. En consecuencia, si no puede garantizarse de un modo absoluto el empleo, aparecerán lógicamente y de forma irremediable un conjunto de costes secundarios. O en otros términos, si el empleo no puede mantenerse a cualquier precio, quiere decir que socialmente debe admitirse la existencia de mecanismos que permitan la *movilidad externa*. Lo cual *genera irremediamente paro*. El dilema, entonces, radica en averiguar cómo articular un sistema de reducción de costes primarios que alcance el nivel de *movilidad externa* (y de costes secundarios) que la sociedad está dispuesta a admitir.

Lejos de resolver esta encrucijada, lo único que se puede extraer de lo expuesto hasta ahora es que, desde una perspectiva preventiva, el mercado de trabajo tiene un carácter simétrico. Esto quiere decir, que no se puede influir en un elemento sin que inevitablemente se repercute en el resto de dimensiones implicadas. En consecuencia, no cabe plantearse la reducción de un determinado coste (primario, secundario o terciario) de un modo exclusivamente autárquico y aislado, como una categoría conceptual independiente y ajena a las influencias del resto. Sino que debe tratar de alcanzarse, lo que podría denominarse, una “*simbiosis operativa*” entre las diversas políticas de prevención. Desde una perspectiva teórica, el método que debe seguirse para solventar este conflicto consiste en hallar la combinación adecuada entre los diversos intereses en juego (costes primarios, secundarios y terciarios), de forma que se consiga la respuesta más óptima o menos costosa.

En sustancia, ya desde ahora interesa destacar lo siguiente para que se entienda la tesis que defendemos. El modelo preventivo óptimo en la protección del empleo será aquél que consiga la combinación menos perjudicial de los costes primarios, secundarios y terciarios, y con este fin todas las energías deben dirigirse a hallar el equilibrio entre ellos (en función de un objetivo – político – determinado). Al respecto, conviene recordar que se está definiendo un modelo teórico (una herramienta conceptual) que posteriormente se proyectará sobre un concreto escenario político, social y económico. Paralelamente, aunque resulte obvio, la aplicación de este método analítico no aspira a hallar *la solución* a este dilema, ni mucho menos, pero sí a ofrecer una nueva perspectiva en el análisis de los esfuerzos del Legislador por solventarlo y así contribuir al acercamiento de la respuesta legal a la consecución de dicha *solución*.

---

todo, más que por unos efectos económicos directos, por posibles efectos psicológicos harto perniciosos para la producción. Algunos economistas señalan una proporción inversa entre estabilidad laboral y productividad. Configuran la ‘petrificación de los empleos’ como uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico y creen que es casi peor que las subidas inopinadas de salarios, un aumento de cotizaciones de seguridad social o una mayor presión fiscal”. PÉREZ BOTIJA. *Prólogo* a la obra de CARRO IGELMO *El despido justo*, op. cit., p. 20.

## ***2.- La articulación de las medidas de prevención primaria: los métodos decisorios.***

Sentada la máxima de la *simbiosis operativa*, y volviendo a la *prevención primaria* frente a la contingencia del paro, deben admitirse las limitaciones del modelo y aceptar que, en último término, sólo se puede aspirar a la consecución de *un determinado nivel de estabilidad en las relaciones laborales*.

Si se es consciente de la imposibilidad de salvaguardar el empleo a cualquier precio y partiendo de la base de que no puede admitirse el trabajo forzoso, el objetivo de toda medida preventiva primaria queda “reducido” al empeño de alcanzar una reducción *aceptable* del número de extinciones contractuales sobrevenidas. En definitiva, debe asumirse que trabajar por cuenta ajena es “peligroso” (conlleva un riesgo), y a lo máximo que puede “aspirarse es a la reducción de la probabilidad de la contingencia”<sup>116</sup>. Sin que esta búsqueda, claro está, acabe repercutiendo negativamente en el resto de parámetros implicados. Para evitarlo, debe vertebrarse una determinada seguridad en el trabajo, derivada de una determinada distribución de los riesgos<sup>117</sup>.

Si se admite que el empleo no puede mantenerse a cualquier precio, debe averiguarse qué nivel de estabilidad en el trabajo se está en disposición de garantizar, en función de los diversos intereses en juego (principalmente, trabajador y empresario – aunque no conviene olvidar el interés del Estado al respecto). En la medida que son posturas contrapuestas, cualquier tipo de decisión en favor de una postura de hará a costa de la otra. Y, esta elección es esencialmente política. En consecuencia, la raíz del modelo está en hallar un sistema decisorio que permita priorizar unos intereses en perjuicio de los otros, de acuerdo con unos criterios que sean socialmente aceptables.

En sustancia, si la protección del empleo repercute simultáneamente en múltiples dimensiones de la vida en sociedad, de lo que se trata es de averiguar los criterios que permitan ordenar soluciones alternativas en función del beneficio social que aportan. Y en su virtud escoger la más adecuada. Lo que quiere decir que debe configurarse un *método decisorio* que permita ponderar, es decir, priorizar, elegir cuál es la combinación más idónea para los intereses de la sociedad (herramientas que permitan medir el nivel de estabilidad que resulte menos perjudicial). Siguiendo el planteamiento de CALABRESI, este proceso de evaluación, en definitiva, se mueve entre dos polos diametralmente opuestos que definen los dos *métodos*

---

<sup>116</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 72.

<sup>117</sup> En esencia, lo que debe dilucidarse es la determinación del patrimonio que debe sufragar el daño provocado, por lo que “la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias derivadas de un hecho determinado y la idea de culpa para a ser sólo uno de los criterios que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa”. MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 121.



*decisorios* paradigmáticos<sup>118</sup>. El primero consiste en prohibir colectivamente aquellas actividades (o actos específicos de las mismas) causantes de ciertos daños socialmente no deseados. El segundo, teniendo presente los costes que ciertas actividades pueden irrogar, consiste en dejar que sean los implicados los que decidan la intensidad y la forma como esas actividades deben desarrollarse en función de aquellos costes. Así, el grado de desarrollo de una actividad queda determinado en función de los costes (perjuicios) vinculados a su ejercicio. Es decir, un individuo accede a realizar una actividad en la medida en que le ocasiona menos perjuicios que el beneficio que le comporta su ejecución. La característica fundamental de este criterio es que no requiere una decisión colectiva previa acerca del riesgo que se está dispuesto a soportar socialmente, sino que la decisión se gesta aisladamente en la voluntad de cada individuo<sup>119</sup>.

De este esquema se desprenden dos métodos decisorios de reducción de costes primarios, que siguiendo la terminología de CALABRESI, denominaremos respectivamente: “método de *prevención específica* o método colectivo” y “método de *prevención general* o método de mercado”<sup>120</sup>.

Es importante advertir que, salvo que se apliquen en el extremo, estos métodos decisorios no se excluyen, aunque sí se limitan recíprocamente. La delimitación de un determinado nivel de intervención colectiva, supone una restricción del juego de la libertad individual y viceversa. Por consiguiente, el método que se utilice para averiguar el nivel de estabilidad en el empleo socialmente más adecuado, será una combinación entre una decisión de mercado y una decisión colectiva, a no ser que se opere desde uno de los polos.

La decisión por uno o por otro, o bien, la intensidad y el modo como deben “mezclarse” son cuestiones esencialmente políticas, basadas en determinados juicios de valor. La discusión relativa a la elección del modelo más idóneo o bien a la combinación más adecuada de los mismos es una proyección del conflicto entre la *eficiencia económica* (que inspira el modelo de mercado) y *equidad* o *justicia social* (que inspira el modelo colectivo), que planea en todo lo relativo al empleo. Y la exégesis de cada uno de ellos es eminentemente política, quedando al margen del Derecho (pues actúa meramente como una herramienta). Al respecto, conviene tener presente que la distinción es trascendental, pues la elección por uno de ellos dictará el modelo jurídico aplicable a nuestra sociedad y, sobre todo, determinará el modelo económico y social al que se aspira.

---

<sup>118</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 82 y 83. ARROW habla que las *elecciones sociales* se circunscriben a decisiones políticas (obtenidas a partir, de votaciones, reglas consuetudinarias o por individuos o grupos) y decisiones económicas (obtenidas a través del mercado). ARROW. *Elección social y valores individuales*. Trad. Aparicio Auñón. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1974, p. 51 y 52.

<sup>119</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>120</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 44. Una excelente síntesis de los planteamientos de CALABRESI en, PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, p. 655 a 658.

De hecho, si echamos un vistazo a la evolución de la legislación laboral, podemos observar que el sistema normativo aplicable en un momento concreto de la secuencia histórica es una proyección de cómo la política ha combinado estas herramientas para enfrentarse *primariamente* a la contingencia del desempleo. A lo largo de la historia del Derecho del Trabajo, la prevención primaria frente a la pérdida del empleo se ha nutrido con desigual fortuna de estos dos métodos decisorios. Por lo tanto, el método de prevención es, por definición, mutable<sup>121</sup>. En último término, todo depende de la habilidad con la que el Legislador los combine y los defina jurídicamente y, en su virtud, de la consiguiente capacidad para influir sobre el comportamiento de los individuos en un contexto económico, político y social determinado. De hecho, puede afirmarse que el régimen jurídico vigente en cada momento histórico es una proyección de las tensiones existentes entre estas dos dimensiones. Parafraseando a BISBAL MÉNDEZ, el nivel de riesgo de una sociedad dada es el producto de una decisión, más o menos explícita, más o menos consciente, de la propia sociedad; y que en la forma y el método de establecer esta cifra están implicadas consideraciones económicas y morales. En definitiva, este análisis evidencia la existencia de un lado oscuro y trágico, pues, el nivel de conservación del empleo, es inverso de la cuestión acerca del número de extinciones socialmente aceptado<sup>122</sup>. En este sentido, y adelantando el parecer que se defiende en este capítulo, el resultado óptimo para la reducción primaria del desempleo, sólo puede alcanzarse mediante una adecuada combinación entre ambos modelos decisorios, debiéndose descartar aquellos modelos decisorios excesivamente próximos a cualquiera de los polos.

No obstante, de cara a la claridad expositiva, se procederá a su descripción de forma separada y, posteriormente, se analizará históricamente como se han articulado estas medidas en el Derecho del Trabajo Español.

### ***2.1.- La prevención general o de mercado: la determinación del nivel de empleo a través del encarecimiento de las actividades dañosas.***

El método de “prevención general o de mercado” presupone que, conocidos los riesgos que una actividad comporta, los individuos son absolutamente libres para ejecutarla, siempre y cuando abonen los perjuicios que eventualmente puedan causar. Se caracteriza, por tanto, porque se descarta toda decisión de un *planificador*, es decir, no precisa una decisión

---

<sup>121</sup> Planteamiento que con otros términos, parece subyace en la opinión de PÉREZ BOTIJA cuando afirma que “en los Derechos que regulan sectores sociales vivos, sometidos a la acción de fuerzas y de intereses colectivos, la norma reguladora está condicionada por criterios técnicos y por criterios ideológicos en continua revisión”. PÉREZ BOTIJA. *Prólogo* a la obra de SANTORO PASSARELLI. *Nociones de Derecho del Trabajo*. Trad. Suárez Fernández. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. XI.

<sup>122</sup> BISBAL MÉNDEZ. *Prólogo* a la obra de CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 16 y 17.

colectiva previa acerca de los daños que una sociedad está dispuesta a soportar, implicando “un alto grado de libertad de decisión de cuantos en él actúan”<sup>123</sup>.

A diferencia de la prevención específica, este método no proclama ninguna prohibición, sino que la valoración acerca de la idoneidad de una determinada acción, en función de los perjuicios que ocasiona, se traslada a la esfera individual de cada ciudadano y al coste económico que individualmente le comporta<sup>124</sup>. Por lo tanto, ante el deber de compensar los perjuicios que una actividad ocasiona en un tercero, un individuo la realizará (o no) en función del provecho (o coste) que individualmente considere que obtiene (o sufre) si la ejecuta (o se abstiene)<sup>125</sup>.

Lo que, en definitiva, se pretende es que los “ofensores”, una vez *internalizados* los costes que sus actuaciones pueden generar en las “víctimas”, tomen las precauciones necesarias para evitarlos, siempre y cuando les resulte más ventajoso<sup>126</sup>. Lo que requiere una adecuada definición de los derechos de propiedad y que no concurren elevados costes de transacción<sup>127</sup>. Si se cumplen estas condiciones, en tanto que el “ofensor” satisfaga una “compensación perfecta”, deben erradicarse las medidas disuasorias que coarten la acción de los individuos, dejándoles, por tanto, que operen con absoluta libertad de acuerdo con el parámetro de la eficiencia<sup>128</sup>. En consecuencia, según el método de mercado, internalizadas las externalidades debe permitirse que los actores actúen con absoluta libertad, negociando el perjuicio que están dispuestos a padecer y el precio del mismo. Lo que exige que la información de que disponen los sujetos deba ser completa.

---

<sup>123</sup> RUBIO LLORENTE. *La libertad de empresa en la constitución*, op. cit., p. 38.

<sup>124</sup> “No presupone ninguna elección política sobre el número aceptable o deseable de accidentes, ni persigue siquiera reducirlos a toda costa, sino que exclusivamente se preocupa por procurar que el coste de los accidentes venga efectivamente computado como uno más entre los múltiples que cada operador económico debe afrontar en el ejercicio de su actividad; se preocupa, en una palabra, por internalizar costes en la convicción de que el mercado está en mejores condiciones de decidir cuál es la combinación o composición óptima de daños y beneficios, de accidentes y medidas de seguridad”. PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 658.

<sup>125</sup> Según MERCADER UGUINA (en relación a los accidentes de trabajo, pero también trasladable al ámbito del empleo), “el fundamento económico para gravar el riesgo es que si un empresario promueve una actividad que impone un daño (coste) a un trabajador, si se le obliga a pagar un gravamen por ese valor tendrá un incentivo adecuado para tenerlo en cuenta en sus decisiones de producción, obligándole a ser eficiente desde el punto de vista del coste social”. MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 48.

<sup>126</sup> COOTER y ULEN. *Derecho y economía*, op. cit., p. 371 y ss; y PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 619 y 620. En definitiva, este planteamiento sostiene que los costes de los accidentes deben asignarse a la parte que está en condiciones de evitarlos con menos costes (*the cheapest cost avoider*). En contra, CALABRESI, sostiene que el objetivo no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica, sino a aquel que puede hacerlo del mejor modo (*the best cost avoider*). CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 245.

<sup>127</sup> *Id.* al respecto *supra*.

<sup>128</sup> “La compensación perfecta es una suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y con el perjuicio que sin el dinero y sin el perjuicio” (*método de la indiferencia*). Este concepto es relevante para aquellos daños que tienen en el mercado un sustituto del bien perdido. En estos supuestos, el precio de mercado del sustituto mide el valor del bien para el perjudicado. COOTER y ULEN. *Derecho y economía*, op. cit., p. 298, 435 y 436.

El funcionamiento de este método parte de la asunción de dos postulados<sup>129</sup>. Primero, el individuo sabe mejor que nadie lo que le conviene y que en la determinación de su voluntad siempre actúa racionalmente<sup>130</sup>. Por tanto, se trata de un sujeto que actúa de un modo consistente (racional) y, desde esta perspectiva, sus conductas son previsibles. De lo anterior se deduce que, ante diversas alternativas, elegirá siempre aquella que le reporta una mayor satisfacción, utilidad o beneficio<sup>131</sup>. Esto es así porque se entiende que el individuo es el que tiene mejor información acerca de sus preferencias e intereses y que es el que mejor los sabe defender<sup>132</sup>.

Segundo, si se acepta que la conveniencia de determinadas actividades que implican un riesgo viene definida por el coste monetario que comportan, debe asumirse que, a pesar de la naturaleza heterogénea de las opciones en liza, *siempre* es posible traducirlas a magnitudes comparables. Esto es, debe presuponerse que se puede atribuir un valor monetario a todos los costes y beneficios derivados de un determinado riesgo<sup>133</sup>. Como apunta BECKER, mediante los precios se produce la asignación de los recursos escasos dentro de cada sociedad, de tal modo que limitan los deseos de los participantes en el mercado y coordinan sus acciones<sup>134</sup>. Por consiguiente, dada una valoración precisa del perjuicio vinculado a un determinado riesgo y a la conducta racional y previsible del *homo oeconomicus*, el método de mercado es el que permite “conseguir la mejor combinación de alternativas posibles”<sup>135</sup>.

Es decir, el *individualismo*, integrado por los vectores racionalidad y egoísmo, conduce (mediante la acción de la mano invisible) a un resultado no previsto por el individuo: la eficiencia social. Pero además, se entiende que el mercado, como método decisorio, no sólo es preferible por su eficiencia social, sino también porque es el único sistema compatible con derechos individuales fundamentales no económicos, como por ejemplo la libertad<sup>136</sup>.

La aceptación de estas premisas convierte al mercado en una herramienta preventiva extraordinaria. El estímulo que impulsa la conducta de un individuo frente a una contingencia parte de una valoración personal acerca de los costes y beneficios que obtiene de una determinada acción u omisión. En definitiva, este modelo parte de la idea de que el comportamiento de los ciudadanos está estrictamente condicionado por los perjuicios que

---

<sup>129</sup> Sin que deba olvidarse, como apunta NATH, que tales planteamientos se fundamentan en un conjunto de juicios éticos o de valor (básicamente, la filosofía moral utilitarista). NATH. *Una perspectiva de la Economía del Bienestar*, op. cit., p. 25 y ss.

<sup>130</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>131</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

<sup>132</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 270.

<sup>133</sup> Conviene tener presente que los individuos que participan en el mercado consideran el precio como un dato, es decir, no tienen el suficiente poder como para alterarlos como consecuencia de sus decisiones; excluyéndose, en definitiva, conductas monopolísticas. CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 272.

<sup>134</sup> BECKER. *El enfoque económico del comportamiento humano*, op. cit., p. 12.

<sup>135</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 83.

<sup>136</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 269 y 270.

irroga; esto es, por la forma como afecta a las preferencias e intereses individuales del afectado y del agresor. Sin olvidar que cualquier decisión individual no es sólo el resultado de una ponderación de los costes y beneficios de una determinada acción, sino que también debe integrar la evaluación de la renuncia del resto de opciones que están a su alcance<sup>137</sup>.

En cualquier caso, debe asumirse que, en función de unos costes determinados, la decisión relativa a la idoneidad de una decisión pende, en última instancia, de la voluntad soberana del sujeto individual y de sus preferencias.

La ejecución de una actividad causante de un riesgo y la intensidad de su desarrollo, depende no sólo de la intensidad con que la compensación repercute en el patrimonio del “ofensor”; sino también de la voluntad de la “víctima” de ser agredida y, en caso de que así sea, del precio por el cual está dispuesta a sufrir ese perjuicio<sup>138</sup>. Es decir, la operatividad del mercado exige no sólo la voluntad del ofensor de causar el daño, sino también el consentimiento de la víctima de sufrirlo a cambio, claro está, de un determinado precio.

En suma, en el contexto de la prevención general puede afirmarse que los agentes son libres de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes que tal decisión acarrea, o bien, conocidos dichos costes, escoger una actividad menos costosa, aunque sea menos atractiva (siempre y cuando haya una alternativa). Si el individuo conoce todos los costes implícitos en sus decisiones y actúa *racionalmente*, puede estar en condiciones de decidir por sí mismo, sin injerencias externas, si la actividad en cuestión merece el esfuerzo de tener que padecer tales costes.

En el extremo, “si una actividad es capaz de cubrir el coste de los accidentes que produce y de obtener además beneficios, entonces debe ser admitida; si por el contrario no puede cubrirlo, entonces ya será el propio mercado quien se encargará de eliminarla”<sup>139</sup>. En este proceso, la *experiencia* es una fuente de información fundamental para los agentes del mercado. De tal forma que indicará a los individuos el grado de eficiencia de una decisión, y en el caso de que sea muy reducido se acabará desechándose<sup>140</sup>. En sustancia, es el *mercado de daños* el que acabará informando al empresario acerca del riesgo de su conducta y lo que decantará su decisión. En último término, este método considera el problema de los riesgos propios del

---

<sup>137</sup> El destino de un recurso a un fin y la consiguiente imposibilidad de destinarlo a otro es lo que la ciencia económica denomina *coste de oportunidad*. Vid. **STIGLITZ**. *Principios de Microeconomía*, *op. cit.*, p. 62 y ss; y **COOTER** y **ULEN**. *Derecho y economía*, *op. cit.*, p. 294 y ss.

<sup>138</sup> Es decir, debe existir una oferta y una demanda, y el precio debe utilizarse como un criterio de concordancia entre ambas. **RUBIO LLORENTE**. *La libertad de empresa en la constitución*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>139</sup> **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>140</sup> De algún modo, y salvando las diferencias, el mecanismo sobre el que se articula esta medida es semejante a las medidas de prevención especial, propias de las teorías de la finalidad relativa de la pena en el Derecho Penal. Es decir, si el sujeto no tomó todas las medidas que se hallaban a su alcance, es condenado a indemnizar, y de esta forma se influye en las acciones futuras de esa misma persona.

empleo “como si fuera similar a la compraventa de bienes en el mercado, en donde ninguna decisión colectiva debería impedir la determinación de qué actividad vale la pena desplegar”<sup>141</sup>.

Sin negar las virtudes de este método, lo cierto es que no puede presentarse como infalible, pues, presenta importantes disfuncionalidades. Sin perjuicio de lo apuntado con anterioridad, a continuación, procederemos a la exposición de algunas de ellas (las más relevantes).

En efecto, el juego del mercado está condicionado a la concurrencia de dos elementos imprescindibles: la libre voluntad de negociación y la plena libertad entre los contratantes. Parámetros que en muchas ocasiones no concurren (y el mundo de las relaciones de trabajo es un ejemplo paradigmático de esta realidad)<sup>142</sup>. Aun en el caso de que se dieran estas circunstancias, los individuos son incapaces de percibir la dimensión real del riesgo que corren al realizar una determinada actividad. Es ciertamente improbable que los individuos sean plenamente conscientes de la trascendencia de sus actos o (lo sean en igual medida<sup>143</sup>) y, sobre todo, conozcan con extrema precisión y exhaustividad todos los perjuicios vinculados a la misma<sup>144</sup>, así como *todos* los costes y beneficios de cada una de las opciones que tienen a su disposición<sup>145</sup> (lo que acaba generando infravaloración de los daños - y, a su vez, equivale a una

---

<sup>141</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 100. Cuestión que plantea el papel que debe jugar el Derecho en el mercado. En sentido contrario a CALABRESI, POSNER, en la senda marcada por COASE, entiende que debe limitarse fuertemente la incidencia del Derecho, dado que en caso contrario se impediría la consecución del principio de eficiencia del mercado. En este sentido, POSNER afirma que “Una cuestión importante en el análisis económico del derecho (...) consiste en saber si un cambio *involuntario* podría incrementar la eficiencia, y bajo qué circunstancias. A pesar de que la eficiencia no se define como algo que sólo una transacción voluntaria pueda crear, sabemos que la disposición a pagar sólo puede determinarse con gran confianza observando efectivamente una transacción voluntaria. Cuando los recursos se desplazan a resultas de la transacción, podemos estar razonablemente seguros de que el cambio conlleva un aumento de la eficiencia. La transacción no hubiera ocurrido si ambas partes no hubieran esperado mejorar. Esto significa que los recursos transferidos son más valiosos en manos de su nuevo propietario. Sin embargo muchas de las nuevas transacciones afectadas o efectuadas por el sistema legal son involuntarias. La mayoría de los delitos y los accidentes son transacciones involuntarias, como lo es una resolución legal para que se paguen daños o una multa. (...) Un intercambio forzado, cuando el sistema legal trata más tarde de conjeturar su el intercambio incrementó o redujo la eficiencia, es un método de asignación de recursos menos eficiente que una transacción de mercado, cuando son viables las transacciones de mercado.” POSNER. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 22.

<sup>142</sup> Recuérdese que, según el modelo liberal, nadie puede ser ni compelido a negociar, ni por supuesto a llegar a un acuerdo. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 102 y 103. Como apunta MONTOYA MELGAR, que cita a ALONSO OLEA, “el trabajo es un bien escaso del que, por consiguiente, no pueden participar todos quienes lo pretenden”. MONTOYA MELGAR. *Derecho del trabajo y crisis económica*, op. cit., p. 98. Por ello, la mayor parte de los contratos de trabajo, son del tipo “tómalo o déjalo”, lo que quiere decir que la otra parte sólo puede firmar la oferta o abstenerse de contratar. Este tipo de contratos indican, en términos económicos, la existencia de un monopolio, privando a una de las partes la posibilidad de negociar. COOTER y ULEN. *Derecho y economía*, op. cit., p. 357.

<sup>143</sup> Según la ciencia económica, las dificultades de las partes para tener conocimiento de la totalidad de riesgos, implica la existencia de una situación de *información asimétrica*, es decir, un reparto desigual de información. La asimetría en la información surge cuando una de las partes de la relación contractual está menos informada que la otra. Una manifestación de este problema lo hallamos en aquellas situaciones en las que se produce una *selección adversa*.

<sup>144</sup> Según LLUIS Y NAVAS BRUSI, la previsión es una virtud humana, pero tiene un límite de utilidad en función de nuestra capacidad de tener en consideración el futuro. En definitiva, prosigue el mencionado autor, todo el valor de la previsión gira en torno a dos cuestiones: la humana capacidad de previsión y los límites de ésta. LLUIS Y NAVAS BRUSI. *La llamada cláusula “rebus sic stantibus” como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados*, op. cit., p. 381.

<sup>145</sup> *Vid.* PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía*, op. cit., p. 38 y 39.

regla parcial de no responsabilidad -, y por tanto, redundante en perjuicio de la prevención primaria, pues se reducen los incentivos para disminuir el riesgo)<sup>146</sup>. Efecto que no se soslayaría aunque el “ofensor”, con carácter previo al daño, se reuniese con la “víctima” para acordar los perjuicios potenciales o los ya acaecidos, y pudiesen negociar el precio de la “agresión” (es decir, aunque el “ofensor” “sobornara”<sup>147</sup> a la “víctima” para que le pudiera producir el daño a costa de un precio determinado)<sup>148</sup>. Pues, aunque así fuera (como ocurre en el contrato de trabajo), el conocimiento de todas las potenciales contingencias (así como los potenciales afectados) elevaría excesivamente el coste de la negociación tratando de preverlas<sup>149</sup>.

Por otra parte, los sujetos no son capaces de calibrar el verdadero coste de una actividad cuando están implícitas magnitudes que no pueden expresarse en términos monetarios o el bien es único y no existe un mercado para él. Además, cabe poner el tela de juicio que ante determinado tipo de perjuicios el resarcimiento económico sea un medio idóneo de compensación<sup>150</sup>. Lo que a la postre se traduce en la dificultad de que efectivamente pueda cumplirse el principio *restitutio in integrum*<sup>151</sup>. Y, finalmente, las situaciones en las que estén

---

<sup>146</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 513.

<sup>147</sup> Siguiendo a CALABRESI, el empleo del término “soborno” “está despojado de toda posible reprobación moral y de todo significado que pueda aludir a corrupción de alguna de las partes. Lo significado, pues, no es otra cosa que el inducir, legítima y abiertamente, a que otro actúe en un sentido determinado”. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., nota 3, p. 145,

<sup>148</sup> Lo que implica, no sólo que el “ofensor” conoce los costes de su decisión, sino que la “víctima”, a su vez, ha de decidir si la compensación que recibirá es suficiente y justifica el daño que va a sufrir.

<sup>149</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 100 y 101. Además, como apunta STIGLITZ, para el caso de que concurrieran todos los titulares de los derechos afectados, sabiendo que sin su acuerdo el ofensor no podría actuar, reclamarían más dinero, lo que le obligaría o bien a tomar una decisión alternativa más cara o bien a abandonar la negociación. STIGLITZ. *Principios de Microeconomía*, op. cit., p. 642 a 645.

<sup>150</sup> En ocasiones, la traducción monetaria precisa de determinados perjuicios resulta ser una operación extraordinariamente compleja e inexacta (por ejemplo, los daños no patrimoniales). Según DE ÁNGEL YÁGÜEZ, para poder hablar de una “compensación completa” debería disponerse de módulo de referencia o comparación, “lo que no es siquiera imaginable, pues la propia naturaleza del daño experimentado por la víctima (daño inmaterial) significa que la determinación de su ‘equivalente’ en dinero será siempre por estimación o apreciación aproximativa, cualquiera que sea su montante o cuantía”. De hecho, se afirma que este tipo de daños deben ser expresados sólo en términos de relevancia moral o social. DE ÁNGEL YÁGÜEZ. *La reparación de daños personales en el Derecho español*. RES nº 57, 1989, p. 48 y 49. En este sentido, también se afirma que “el principio de reparación integral del daño no es aplicable con daños graves porque encarga a la indemnización por daño moral una quimera: la irrealizable misión de devolver a la víctima a su situación antes del accidente”. Una aplicación congruente del principio de reparación plena supondría una elevadísima – casi infinita – indemnización. Pero incluso así, es casi imposible encontrar sumas de dinero capaces de compensar plenamente a quien haya sufrido un grave perjuicio. PINTOS AGER. *Baremos, seguros y derecho de daños*. Civitas. Madrid, 2000, p. 97 y 98. Por consiguiente, la doctrina ha destacado que en estos supuestos “el juez se encuentra sometido al compromiso de atribuir, a través de una variada utilización del metro pecuniario, un ‘consuelo’ indirecto como compensación del dolo sufrido por la víctima”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, op. cit., p. 48. *Vid.* también del mismo autor, *Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación*. DJ nº 81, 1995, p. 138 y 139. No obstante, en el otro extremo, conforme al planteamiento de BENTHAM – citado por DURÁN Y LALAGUNA –, se afirma que el dinero es la medida más exacta de la cantidad de dolor o placer que cualquier hombre puede recibir. DURÁN Y LALAGUNA. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 43.

Un análisis desde la perspectiva de la ciencia jurídica de este de daños y de las dificultades para su traducción en términos monetarios en, VICENTE DOMINGO. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Bosch. Barcelona, 1994, p. 171 y ss; SANTOS BRIZ. *Daños Morales y su incidencia en el derecho de la circulación*. RDP 1989, p. 827; GARCÍA SERRANO. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*. ADC 1972, p. 804 y ss.; y ÁLVAREZ VIGARAY. *La responsabilidad por daño moral*. ADC 1966, p. 81 y ss.

<sup>151</sup> Sin embargo, desde la perspectiva de la ciencia económica, podría objetarse que pese a estos impedimentos, existen mecanismos que permiten su cuantificación. En términos generales, el concepto de *coste de oportunidad*

implícitas nociones de tipo moral no pueden quedar supeditadas exclusivamente a una decisión de mercado, en función de su eficiencia económica<sup>152</sup>.

Por todo ello, este desconocimiento de los riesgos a los que potencialmente está sujeto el individuo, así como la imposibilidad de cuantificar todas las magnitudes derivadas del comportamiento humano, le impide saber exactamente qué conducta le conviene más. Luego, es difícil que actúe racionalmente en función de la utilidad; o, de otro modo, es posible que actúe ineficientemente ante la ausencia de la información adecuada de su entorno. En consecuencia, se debilita el postulado liberal y con él la validez del mercado como método de

---

permite integrar estos parámetros dentro de la lógica del cálculo maximizador, puesto que, en la medida que hace referencia a los costes del uso alternativo de los recursos, permite asignar a toda acción humana un coste o un precio. **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 78; y **BECKER**. *El enfoque económico del comportamiento humano*, op. cit., p. 13 (aunque habla de “precios sombra”). No obstante, el resarcimiento de daños conforme a la regla de la compensación perfecta (“suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y con el perjuicio que sin el dinero y sin el perjuicio”) en ocasiones resulta imposible (imagínese la compensación de la muerte de una persona o de las lesiones físicas irreparables). Recuérdese que el *método de la indiferencia* es especialmente propicio para los supuestos en los que el bien perdido tiene un sustituto en el mercado y resulta inoperante en los supuestos en los que no existe tal sustituto. A pesar de que la mera idea de cuantificar el valor económico de una vida humana pueda calificarse como repugnante y suscita una “aversión instintiva” (en términos de **SCHÄFER** y **OTT**. *Manual de análisis económico del derecho civil*, op. cit., p. 138; *vid.* al respecto también, **GARCÍA SERRANO**. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, op. cit., p. 831), lo cierto es que en la vida diaria es bastante común (especialmente en el ámbito judicial); y, por ello, la ciencia económica trata de “ofrecer un entendimiento más satisfactorio de su cálculo”. Son varios los métodos propuestos y, a continuación, se procede a exponer los más significativos de forma sintética. El *método de equivalente del riesgo* es un mecanismo propicio para la valoración de los bienes que tienen una barrera moral o legal en el mercado. La exposición a ciertos riesgos puede reducirse, pero eso conlleva un coste. Por lo tanto, una decisión racional acerca de los riesgos implica calibrar los costes y beneficios de la precaución. Sabiendo cuánto cuesta al consumidor el adiestramiento de seguridad, y en cuánto reduce ese adiestramiento la probabilidad del daño, puede inferirse la valoración de la seguridad por parte del consumidor, lo que implica un valor implícito del bien insustituible. **COOTER** y **ULEN**. *Derecho y economía*, op. cit., p. 435 a 437. No obstante, tal y como expone **MERCADER UGUINA** (*Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 38 a 44), se han propuesto otros sistemas, aunque centrados en la valoración la vida humana. Según el *método del capital humano*, el valor de la vida humana viene determinado por lo que una persona deja de producir si muere; es decir, lo que hubiera producido si siguiera viviendo menos lo que hubiera consumido. Por otra parte, el *método de los salarios hedónicos*, equipara el valor de la vida perdida en accidente a la compensación monetaria que la persona exige para aceptar una probabilidad de muerte superior a la que le correspondería si no aceptara ese puesto de trabajo (*vid.* también, **PASTOR PRIETO**. *Una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 163). El *método de la valoración contingente* se basa en la indagación directa de lo que para un grupo determinado de personas vale su vida. Otro método – *willingness to pay* (recogido por **PINTOS ÁGER**. *Baremos, seguros y derecho de daños*, op. cit., p. 103, 104 y 235 y ss.) consiste en adelantar el momento de la evaluación del daño a antes del accidente, cuando la víctima potencial está expuesta al riesgo de sufrirlo, pero aún mantiene intacta su capacidad para valorar el dinero. Repárese que este criterio opera *ex ante*, es decir, antes de que el accidente ocurra: “simplificando mucho, se trataría de ver cuánto está dispuesta a arriesgar la víctima a cambio de dinero; en lugar de cuánto necesita que le paguen para estar como antes del accidente”. De esta forma se trata de soslayar las imperfecciones derivadas de la compensación económica *ex post*, especialmente en los casos en los que debe resarcirse lesiones muy graves. No obstante, existen otros métodos de valoración anticipada, como el sistema de *valoración basado en un cálculo puramente estadístico*. Este sistema pasa de analizar el valor de la pérdida de una vida concreta, plenamente identificada, a estudiar el valor de un cambio en la probabilidad de muerte de un colectivo determinado. *Vid.* al respecto también, **SALVADOR CODERCH** y **CASTIÑEIRA PALOU**. *Prevenir y Castigar*, op. cit., p. 113 a 115; **VICENTE DOMINGO**. *Los daños corporales: tipología y valoración*, op. cit., p. 158 y ss.; y **ÁLVAREZ VIGARAY**. *La responsabilidad por daño moral*, op. cit., p. 114.

<sup>152</sup> En tal caso, el interés general se superpone al individual porque, no sólo están en juego los gustos y preferencias individuales de las partes implicadas, sino que también repercute en la seguridad y el bienestar de toda la colectividad. La conveniencia de la prevención específica, en perjuicio de la de mercado, como se verá, se hace patente en estos supuestos porque, “con independencia del coste, existen cosas que repugnan a la sociedad. (...) En la naturaleza misma de los imperativos morales admitidos por la sociedad está implícita, obviamente la necesidad de situarse fuera el alcance de los gustos y juicios individuales. De ahí resulta que, cada vez que está involucrado un elemento de tipo moral, debe realizarse un juicio colectivo de prevención específica”. **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 111.



decisión idóneo. En suma, la determinación del nivel de riesgo aceptado no puede quedar a expensas de lo que determine el mercado. Lo que, consecuentemente, determinará un cierto nivel de intervención colectiva con el objeto de suplir sus deficiencias. Sin duda, en aras a la reducción adecuada de los costes primarios, siempre que no se opte por un sistema de prevención específica, es necesario que se establezcan mecanismos correctores que, al menos, traten de limar sus imperfecciones. Es decir, es preciso diseñar instituciones alternativas para la toma de decisiones que canalicen los intereses racionales y egoístas; y el Estado, es uno de ellos, pero no el único, pues, en ocasiones se crean instituciones de forma espontánea porque existe la convicción de que la cooperación es beneficiosa<sup>153</sup>.

## ***2.2.- La prevención específica o colectiva: la determinación del nivel de empleo a través de la prohibición de las actividades dañosas.***

El método de prevención específica es un método decisorio que consiste en decidir de forma colectiva cuánta actividad de un cierto tipo se desea, quién debe participar en ella y cómo se quiere que se desarrolle. Lo que no es más que una manifestación, siguiendo a CALABRESI, de la vieja idea del *paternalismo*, “según la cual los individuos son incapaces por sí mismos de descubrir aquello que más les conviene”. En el fondo de este planteamiento subyace el convencimiento de que “los individuos son más felices si una autoridad central decide por ellos, que si ellos tienen que decidir por sí mismos”<sup>154</sup>. Por tanto, la acción colectiva trata de averiguar cómo es posible reorganizar las actividades de los individuos con el fin de evitar determinadas consecuencias socialmente no deseadas. Toda política preventiva fundada en este método decisorio requiere una *planificación previa* dirigida a decretar la intensidad con la que se desea permitir un riesgo asociado a un comportamiento concreto<sup>155</sup>. Repárese que este planteamiento es contrario a las doctrinas individualistas que, sustentadas en la idea de que la única función del Estado consiste en satisfacer las necesidades de orden público, entienden que los ciudadanos deben ser los que decidan según sus preferencias sin que exista ninguna necesidad de que el Estado suplante su libertad<sup>156</sup>. En cambio, el método de prevención

---

<sup>153</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 278.

<sup>154</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 70.

<sup>155</sup> Consecuentemente, si colectivamente se acuerda que ciertas actitudes no son socialmente adecuadas, es preciso que toda medida de prevención específica prevea sanciones para los transgresores, es decir, que estimule actitudes disuasivas.

<sup>156</sup> CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, op. cit., p. 270.

específica, presupone la existencia de un planificador que determina *qué es lo bueno*, lo que quiere decir que *sus juicios preferenciales* prevalecen con respecto a los de los ciudadanos individuales<sup>157</sup>.

Es importante tener en cuenta que si el método de prevención específica consiste en vedar o impedir la ejecución de una determinada conducta, en función del riesgo potencial que irradia, en esencia, está definiendo diversos grados de permisividad y, por tanto, de actuación. En otros términos, el fin de toda decisión colectiva, por definición, consiste en la prohibición de un número determinado de actividades o ciertos actos específicos de las mismas, que previamente se han identificado como causantes de un perjuicio. Lo que a su vez, implica la definición de ciertas áreas de operatividad<sup>158</sup>.

En cualquier caso, con carácter previo a la adopción de una medida de prevención colectiva, debe evaluarse no sólo del daño que irroga dicho acto o actividad, sino que, a su vez, debe valorarse los perjuicios que se producirán como consecuencia de su prohibición. Toda medida de prevención específica es el resultado de un análisis colectivo previo dirigido a averiguar si el perjuicio sufrido por la restricción de la libertad de los individuos es inferior que el que se derivaría si se levantara la prohibición. En definitiva, este método consiste en dilucidar si los costes que provoca la aplicación de una determinada medida prohibitiva justifican el perjuicio que se quiere evitar. Ante el beneficio derivado de la permisión de una determinada actividad y el coste que se irrogaría si se prohibiera, la prevención específica trata de determinar la intensidad con la que debe permitirse y de qué modo debe desarrollarse<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Tesis que también subyace en el siguiente planteamiento de KEYNES – citado por JORDANA DE POZAS: “Despejemos el terreno de los principios metafísicos o generales sobre los que, de tiempo en tiempo, ha sido fundado el *laissez-faire*. No es verdad que los individuos poseen una *libertad natural* predeterminada en sus actividades económicas. No existe un *pacto* que confiera derechos perpetuos a los que Tienen o a los que Adquieren. El mundo *no* está gobernado desde arriba de tal manera que coincidan siempre el interés particular y el social. Y *no* está regido aquí abajo de manera que prácticamente coincidan. No es una deducción correcta de los principios de la economía la de que el interés individual esclarecido obre siempre en interés público, *ni* es verdad que el interés individual es generalmente esclarecido; más frecuentemente, los individuos que actúan por separado para conseguir sus propios fines son demasiado ignorantes o demasiado débiles para alcanzarlos. Y la experiencia *no* demuestra que los individuos, cuando forman una entidad social, sean siempre menos clarividentes que cuando obran por separado”. JORDANA DE POZAS. *La previsión contra el paro forzoso*, *op. cit.*, p. 18 y 19.

En contra, la doctrina liberal (especialmente HAYEK), entiende que los individuos tienen una información que ningún planificador social podría llegar a tener, o al menos, ninguno la podría recabar esa misma información a un coste tan bajo. Por otra parte, el individuo tiene suficientes incentivos como para que se comporte racionalmente, porque si se equivoca, es decir, si actúa irracionalmente, él mismo sufre las consecuencias de su irracionalidad. CALSAMIGLIA. *Eficiencia y derecho*, *op. cit.*, p. 270.

<sup>158</sup> Como parámetro de referencia, debe tenerse en cuenta que desde la lógica utilitarista si la utilidad social de las normas viene condicionada fundamentalmente por la conveniencia o no de la norma en orden a conseguir mayor placer o bienestar en la comunidad, se plantea la duda con respecto a las normas prohibitivas, que lejos de ofrecer un bienestar directo, establecen algún tipo de limitación o coacción. Ante esta disyuntiva, se entiende que “sólo implícitamente, la norma prohibitiva asegura nuestro bienestar social en la medida que establece los límites de respeto a los demás, y por tanto de los demás con respecto a mí”. DURÁN Y LALAGUNA. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>159</sup> Por ejemplo, la Ley Alemana de Desmovilización de 12 de febrero de 1920 prohibió el despido de los obreros o empleados con el objeto de limitar el número de parados, mientras fuera posible su conservación por medio de la reducción de las horas de trabajo hasta la mitad. En este supuesto, la desmovilización decretada por esta norma colectiva, repercutía en la esfera de riesgo de los empresarios, dado que soportaban importantes perjuicios al tener muy restringido su ámbito de actuación. En definitiva, la medida, aunque permitía el mantenimiento de los puestos de trabajo, relevaba a un segundo plano los intereses económicos de las empresas. Poco después, la situación

La aplicación del método de prevención específica presupone que toda actividad susceptible de generar un riesgo debe estar sometida a un proceso de valoración política. Éste, a diferencia del método de mercado, tiene la ventaja de que puede evaluar las diversas dimensiones involucradas en la prohibición o permisividad de un acto o actividad, con el fin de elegir la forma más *eficiente* entre las diversas alternativas disponibles. En ocasiones, tal y como se ha observado anteriormente, no se puede recurrir al mercado para determinar la intensidad de un determinado riesgo porque están en juego costes y beneficios que no son traducibles en dinero o bien porque los costes de transacción son muy elevados. En tales casos, “resulta más apropiado tomar una decisión de carácter colectivo y político relativa a los actos y las actividades permitidas que una exclusivamente de mercado”<sup>160</sup>. Por consiguiente, el método de prevención específica debe operar allí donde el mercado no puede ofrecer soluciones idóneas<sup>161</sup>.

En definitiva, el método de prevención colectiva *permite* comparar opciones y escoger la que se considere más adecuada al fin perseguido, en función de todas las dimensiones implicadas y *no sólo las estrictamente económicas ni tampoco las estrictamente individuales*. La prevención específica es especialmente propicia para tomar decisiones en las que la valoración económica de las magnitudes en juego resulta inconmensurable o bien porque al estar implicadas nociones de orden moral, de justicia o un interés público o de terceras personas afectadas. Situaciones en las que cualquier intento dirigido a determinar su precio resulta una tarea imposible, escasamente rigurosa o, simplemente, reprobable. En tales casos, es evidente que el método de mercado no es el más apropiado, porque difícilmente se puede cuantificar todos los parámetros implicados. Por este motivo, debe acudir a la prevención específica, porque garantiza que la decisión relativa a la idoneidad de este tipo de conductas se resuelva con mayor satisfacción (más eficientemente). La razón es sencilla. Si el método de mercado, tiende a centrar su análisis en las dimensiones estrictamente particulares y económicamente mesurables, la prevención específica tiene un campo de visión más extenso, no circunscrito a lo individual, lo que le permite atender con mayor exhaustividad a las múltiples y heterogéneas dimensiones implicadas y, por consiguiente, adoptar una decisión una vez ponderadas todas ellas<sup>162</sup>.

---

catastrófica de la economía alemana en 1923 obligó al legislador a levantar dicha prohibición. **SCHNORR**. *La protección contra el despido en Alemania*. CPS n° XVIII, 1953, p. 15. Circunstancia que pone de relieve, como apunta **MONTOYA MELGAR**, que “la idea de un derecho del trabajador a la inamovilidad absoluta de su puesto laboral es económicamente indefendible”. **MONTOYA MELGAR**. *Poder del empresario y movilidad laboral*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>160</sup> **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>161</sup> Según **TOHARIA CORTÉS** y **MALO OCAÑA**, la intervención pública en determinados aspectos (por ejemplo, en la fijación de una indemnización legal tasada) se debe fundamentalmente a la existencia de un fallo en el mercado. **TOHARIA CORTÉS** y **MALO OCAÑA**. *Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994*. DL n° 51, 1997, p. 20.

<sup>162</sup> En términos similares, la doctrina administrativa, analizando el papel de la Administración en las extinciones que afectan a un colectivo de trabajadores, sostiene que “el sistema de la autorización puede conjugar una adecuada protección de los intereses de índole social (mantenimiento de los niveles de empleo, equilibrio económico de los sistemas de protección social) con los relativos a la viabilidad empresarial (competitividad, planificación

Por lo tanto, cuando hay que establecer un juicio que concierne a costes que no pueden monetizarse es preferible una decisión de carácter colectivo, inspirada por motivaciones políticas, que *tenga en cuenta estos costes y las ventajas posibles*, a una decisión de mercado que intente convertir en dinero sólo a alguno de ellos o a todos en conjunto<sup>163</sup>. Esto es así porque, como afirma CALABRESI, “los costes que comporta la evaluación de lo no reducible a expresión monetaria y su integración en el mercado sea inferior a las ventajas que podrían obtenerse de un juicio en aquella sede. Pero quizá sólo consistan en la convicción de que las decisiones políticas pueden reflejar mejor nuestras preferencias que los juicios de mercado”, cuando están involucrados costes de difícil traducción económica<sup>164</sup>.

En estas situaciones, según CALABRESI, se estimulan o sancionan las actividades en función de un juicio colectivo de oportunidad<sup>165</sup>. La sociedad acepta transgresiones de aspectos fundamentales en beneficio de otros porque se estima que el canje resulta más beneficioso<sup>166</sup>.

---

organizativa adecuada, etc.), pues, como se ha advertido, ‘la Administración pública resulta ser – por sus características y dentro de la estructura estatal – el poder público más idóneo para la decisión y, en general, la acción en contextos sociales complejos, tecnificados y variables’”. PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid, 1993, p. 98; *cit.* MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>163</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>164</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 109 y 110.

<sup>165</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>166</sup> Conflicto que se reduce a la búsqueda de la *técnica más oportuna* para distribuir recursos escasos e indispensables, lo que se patentiza con especial intensidad en las denominadas “elecciones trágicas” (*tragic choices*). Siguiendo la síntesis que realiza REBUFFA de las tesis de CALABRESI y BOBBIT, las “elecciones trágicas” se caracterizan fundamentalmente porque “implican y presuponen conflictos de valores, conflictos entre distintas concepciones de la igualdad y entre diversos ideales distributivos: ‘la distribución de algunos bienes comporta grandes sufrimientos y muerte. Cuando dirigimos la atención a tales distribuciones, se suscitan sentimientos de compasión, indignación y horror. Es el momento en que son desenmascarados los conflictos entre, por un lado, aquellos valores según los cuales la sociedad ha establecido los destinatarios de las distribuciones y (junto con la naturaleza) los límites de los recursos, y aquellos otros valores morales y humanistas que exaltan la vida y el bienestar’. Concretamente, los valores que más chocan en la atribución de recursos en la ‘elecciones trágicas’ son la eficiencia y la igualdad. Y es aquí donde interviene la necesidad de valorar más atentamente la técnica distributiva”. REBUFFA. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 184 a 186.

No obstante, queda por dilucidar el método propicio para que las decisiones que afectan a una colectividad sean calificadas como legítimas. Como afirma CASAS PARDO – que cita a LEPAGE – el “Estado no es una construcción divina, dotada de un don de ubicuidad y de infalibilidad. Es una organización humana, donde las decisiones son tomadas por el resto de los seres humanos, ni mejores ni peores, que también son susceptibles de equivocarse, y cuya acción se encuentra a su vez condicionada por reglas y estructuras que son ‘fabricaciones’ humanas y que no son necesariamente más infalibles que las de cualquier otra organización, cualquiera que sea”. En este contexto, siguiendo la cita anterior, lo que se plantea es que “antes de partir del principio de que cualquier intervención es legítima desde el momento que se constatan una serie de imperfecciones del mercado, nosotros queremos estar seguros de que las imperfecciones de los mecanismos estatales no serán superiores a las imperfecciones que se quieren remediar”. CASAS PARDO. *Estudio introductorio* a la obra de BUCHANAN, MCCORMICK y TOLLISON. *Análisis Económico de lo político*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984, p. 35 a 37. En principio, según SCHÄFER y OTT (*Manual de análisis económico del derecho civil*, *op. cit.*), las decisiones colectivas (derivadas de los órganos estatales o de otros pero con su consentimiento) se caracterizan porque no afectan primeramente al bienestar de quien decide, sino a otras personas; y, además, se hacen prevalecer por el monopolio del poder que ostenta el Estado. Para que estas decisiones no sean calificadas como injustas o arbitrarias, caben dos alternativas: 1). La fijación de objetivos consensuados; o 2). Establecimiento de procedimientos de legitimación de las decisiones (por ejemplo, mediante un sistema democrático). De los dos mecanismos, la ciencia económica ha prestado especial interés al primero, proponiendo diversas reglas dirigidas a determinar los objetivos más convenientes, así como la relación óptima entre objetivos y medios (p. 31 y 32). Circunstancia que se encuentra con una primera dificultad, dado que toda elección requiere una predicción de las consecuencias que previsiblemente se van a producir, lo cual suscita numerosas incertidumbres (p. 32 a 36).

---

Sin ánimo de ser exhaustivo - con el riesgo de omitir algunos elementos relevantes -, a continuación (siguiendo el hilo argumental que desarrollan SCHÄFER y OTT), se exponen alguna de las principales teorías dirigidas a dilucidar cuál es el método más propicio para identificar la mejor situación social (lo que en términos económicos se ha identificado con el término *función del bienestar social* - un análisis de dicho término en, NATH. *Una perspectiva de la Economía del Bienestar*, op. cit., p. 33 a 35). Para ello, como premisa, se parte de la idea de que la sociedad *no es* una entidad autónoma, independiente de los individuos que la componen. Es decir, “la sociedad como tal no maximiza ni elige, sino que las elecciones colectivas son el resultado de algún método de agregar las decisiones individuales”. CASAS PARDO, op. cit., p. 49. Por lo que se plantea “en qué relación se encuentran los objetivos sociales con las preferencias de los miembros individuales de una sociedad y cómo es posible tomar una decisión social partiendo de preferencias individuales dadas”. SCHÄFER y OTT, op. cit., p. 37 y 38. El punto de partida es, por tanto, un planteamiento individualista, por cuanto, el individuo participa en los procesos a través de los cuales se organizan elecciones de grupos. Téngase en cuenta (BUCHANAN) que “la mejora de los resultados de la actividad política se mide en términos de la satisfacción de lo deseado por los individuos, y no en función de un mayor acercamiento a un determinado ideal supraindividual y definido externamente a los individuos”. BUCHANAN. *La constitución de la política económica*, op. cit., p. 529. No obstante, el aspecto sustancial que debe dilucidarse es cómo se toman en consideración los deseos o preferencias individuales de la sociedad. CASAS PARDO, op. cit., p. 55.

Conviene señalar, no obstante, que a pesar de que estas reglas difícilmente pueden tener una aplicación práctica en el mundo real, ofrecen (directamente o mediante sus formulaciones derivadas) parámetros de análisis a tener en cuenta (esto es, guías de actuación).

Un sector entiende que toda elección entre diversas situaciones sociales depende fundamentalmente de *juicios de valor* (NATH, op. cit., p. 17 y 18; y SCHÄFER y OTT, op. cit., p. 38; WINCH. *Economía analítica del bienestar*, op. cit., p. 28). En cambio, descartando esta tesis, otros autores sostienen que sólo pueden considerarse legítimas aquellas decisiones estatales que hubieran obtenido la admisión de los miembros de la sociedad si se les hubiera podido consultar (regla denominada *decisiones superiores en el sentido de Pareto*). Es decir, en tanto que se exige que la decisión mejore la situación de al menos una persona sin empeorar la posición de nadie, se está exigiendo la unanimidad de todas las personas implicadas; y, por lo tanto, sólo es posible en situaciones en las que todos obtengan un beneficio - de otro modo, no habría consenso. A pesar de que este método parte de un *postulado de unanimidad* impracticable, se ha acudido a la tesis del *juicio de valor débil*, entendiéndose por tal aquella decisión que, si hubiera sido tomada con la participación de todos, hubiera encontrado pocos detractores. SCHÄFER y OTT, op. cit., p. 38; POSNER. *El análisis económico del derecho*, op. cit., p. 21. Planteamiento que ha sido objeto de crítica porque no tiene en cuenta que el nivel de satisfacción colectivo depende de la distribución de la renta que se haga. *Vid.* una crítica a esta tesis con más detalle, en SALCEDO MEGALES. *Elección social y desigualdad económica*. Anthropos, Barcelona 1994, p. 21 a 23.

Por otra parte, también se ha acudido a la regla de KALDOR-HICKS (también denominada como *superioridad potencial de Pareto* - recuérdese: la decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna ventaja). Según este planteamiento (del que se han derivado múltiples formulaciones - SCHÄFER y OTT, op. cit., p. 45 a 48 - y que no deja de ser un juicio de valor - NATH, op. cit., p. 73 y 74), una elección social será óptima en la medida que “los ganadores puedan compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente”.

Apartándose, brevemente, del análisis de la función de bienestar social - como contrapunto a tener en cuenta, en el seno de este planteamiento utilitarista, y dentro de la escuela de la denominada Teoría de la Elección Pública (*public choice*), dirigida a evaluar la eficiencia del sector público en la implementación de las funciones que se le asignan en sustitución del mercado - un sector entiende que las diversas medidas legislativas o la política del gobierno, lejos de promover una determinada idea del interés público, se utilizan para aumentar el bienestar de los grupos de presión más influyentes o bien para maximizar la probabilidad de su elección (*Teoría de la búsqueda de rentas* - o *rent seeking*). ROEMER. *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 58 y 59; y BRETON. *La economía de una democracia representativa*. ICE n° 557, 1980 - I, p. 36 y ss). No obstante, existe una corriente que matiza este planteamiento, pues se entiende que el individualismo no tiene que identificarse necesariamente con que la motivación del individuo que *decide* sea estrechamente hedonística o egoísta, pudiendo ser egoísta o altruista o una combinación de ambos. BUCHANAN y TULLOCK. *El cálculo del consenso*. Espasa-Calpe. Madrid, 1980, p. 29. *Vid.* al respecto también, CASAS PARDO, op. cit., p. 63 y ss.

De nuevo sobre la función de bienestar, a partir de la crítica al utilitarismo sostenida por ROBINS (basada, sintéticamente, en la imposibilidad de atribuir un valor cardinal a la utilidad de cada individuo y en la imposibilidad de comparar la utilidad de dos personas - SCHÄFER y OTT, op. cit., p. 50 y 51), ARROW (*Elección social y valores individuales*, op. cit.), sobre la base de los planteamientos de BERGSON y SAMUELSON, ha pretendido averiguar de qué forma puede elaborarse un procedimiento de decisión social que posibilite un orden completo de prelación de distintas situaciones sociales a partir de preferencias individuales (*Teoría de la elección social*). Es decir, “se plantea si es posible construir un procedimiento que permita pasar de un conjunto de preferencias individuales conocidas a un modelo de formación de las decisiones sociales” (p. 53). Los juicios sociales son válidos en la medida que lo sea el procedimiento de elección social, de este modo, los fundamentos para discriminar lo correcto deben tener un carácter procedimental (procedimiento que ARROW denomina *Función de Bienestar Social* o *constitución*). Para ello, parte de la jerarquización de alternativas (ordenación) en función de preferencias individuales (rechazando el *cardinalismo* y la *interpersonalidad* - p. 63 a 67). Supone que cada individuo ordena todas las situaciones sociales mediante cualquier criterio que estime relevante (y no sólo conforme al conjunto de bienes que obtiene de cada situación - p. 77 a 80).

O en otros términos, despojándose de una concepción estrictamente utilitarista, y siguiendo el parecer de BUCHANAN y TULLOCK, enfrente de una elección real se tenderá a elegir “más” en vez de “menos”; debiéndose destacar que una teoría igualmente lógica podría elaborarse desde la hipótesis contraria de que se eligiera “menos” en vez de “más”. Aunque, no parece que “nadie haya propuesto que tal teoría sea ni tan siquiera remotamente descriptiva de la realidad”<sup>167</sup>.

- La prevención específica tiene una gran capacidad para reducir los costes primarios puesto que, al restringir el ámbito de actuación de los individuos, el riesgo de que se produzca un perjuicio disminuye o, en otros términos, porque quien quita la acción quita el peligro<sup>168</sup>. La intensidad de riesgo aceptada es inversamente proporcional al grado de permisividad establecido colectivamente. Cuantas más conductas potencialmente dañinas se prohíban mayor será la probabilidad de que tales daños no se produzcan (siempre y cuando, claro está, exista

---

Con el fin de realizar dicha ordenación, ARROW, partiendo de dos axiomas (*comparabilidad* y *transitividad*), exige que dichos procedimientos decisorios deben cumplir con ciertas condiciones de “sensatez”, mínimas y necesarias. Sintéticamente, estas condiciones (cuatro) recogen valores democráticos y condiciones de racionalidad colectiva (por ende, aceptando la existencia de *juicios de valor*). No obstante, sometiendo dichos métodos decisorios a la verificación de dichas condiciones, llega a demostrar que no es posible acudir a una completa ordenación social de las preferencias, porque ninguna de ellas llega a cumplirlas completamente. Es decir, llega a demostrar que (formalmente) los valores democráticos y la racionalidad colectiva son incompatibles (*Teorema de la imposibilidad*). Así, “no existe una función de bienestar social derivada a partir de las preferencias individuales, y las decisiones democráticamente tomadas pueden conducir a decisiones sociales lógicamente contradictorias”. CASAS PARDO, *op. cit.*, p. 61. O, de otro modo, (CALSAMIGLIA) los mecanismos de traducción de preferencias individuales en preferencias sociales no son fiables, porque no existe ningún mecanismo fiable que permita convertir las preferencias individuales en preferencias sociales teniendo únicamente en cuenta las preferencias individuales. ARROW. *Elección social y valores individuales, op. cit.* La bibliografía al respecto es muy abundante. *Vid.* SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, p. 53 y 54; NATH, *op. cit.*, p. 35 a 39; SALCEDO MEGALES. *Elección social y desigualdad económica, op. cit.*, p. 19 a 48; SEN. *Elección colectiva y bienestar social*. Trad. Elías Castillo. Alianza. Madrid, 1976, p. 53 a 58; WINCH. *Economía analítica del bienestar, op. cit.*, p. 191 y ss.; CALSAMIGLIA. *Justicia, eficiencia y derecho, op. cit.*, p. 312; y CASAS PARDO, *op. cit.*, p. 58 y ss.

Como método que trata de superar el utilitarismo, RAWLS (*Teoría de la Justicia*) propone una concepción de la sociedad y del Estado cuya aspiración suprema es la protección del débil. A partir de “un experimento intelectual” (en palabras de SCHÄFER y OTT), entiende que a partir de la regla del juego limpio (*fair play*), de la teoría del contrato social y partiendo de un “estado primitivo o presocial” (en el que cada ciudadano desconoce cuál es su propia situación y antes de que se les asigne un lugar en el mundo), “de las numerosas situaciones sociales posibles para una sociedad se elegiría, por ser la mejor, aquélla en la que mejor le vaya a la persona con peor suerte, ya que cualquiera que ostente la condición de parte en el contrato social tiene que contar con que puede ser la misma persona”. SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, p. 55; SALCEDO MEGALES. *op. cit.*, p. 48 a 67; y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho, op. cit.*, nota 25, p. 776.

Finalmente, en el seno de la corriente *institucionalista* del Análisis Económico del Derecho, SAMUELS (“*paradigma general de la elección y el poder*”) estima que cualquier elección y las posibilidades de participación en la misma, está condicionada por las relaciones de poder imperantes (que dependen, en último término, de la asignación de los derechos de propiedad realizada). En cambio, la adopción de decisiones que generan efectos no consensuados sobre otros individuos define situaciones de coerción. De tal modo que la problemática esencial de la elección social en el campo del Derecho, lejos de la perspectiva de maximización utilitarista, radica en la determinación acerca de quienes deberían ser perjudicados o beneficiados con la adopción de una determinada norma o con la resolución de un conflicto. TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal, op. cit.*, p. 82 y 83; y MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho, op. cit.*, p. 63 y 64.

<sup>167</sup> BUCHANAN y TULLOCK. *El cálculo del consenso, op. cit.*, p. 29. *Vid.* al respecto también, CASAS PARDO, *op. cit.*, p. 29.

<sup>168</sup> Tal y como apunta CALABRESI, la prevención específica absoluta no entrañaría costes secundarios, aunque también advierte, que al prohibirse la realización de determinados actos se deberían tolerar otros, los cuales, acabarían generando costes secundarios. CALABRESI. *El coste de los accidentes, op. cit.*, p. 122 y 123.

una alternativa posible). Ante las deficiencias del método de mercado, en un análisis superficial, no resultaría descabellado sostener la aplicabilidad exclusiva del método de prevención específica, pues, como se ha indicado, difícilmente se puede atribuir un valor económico a la infinidad de aspectos de la vida económica y social, directa o indirectamente, vinculados y afectados por la pérdida del empleo. Sin embargo, se observa sin demasiada dificultad que, en el extremo, la aplicación de un método de prevención colectiva absoluta (esto es, la planificación absoluta) debe descartarse porque significaría que todas las cuestiones relativas a los costes primarios vinculados con el desempleo deberían resolverse colectivamente, mediante un proceso político. Así, el beneficio y el coste de cada actividad que pudiera tener una repercusión en el advenimiento del riesgo que se quiere evitar, “serían evaluados conjuntamente y, según esta estimación, se fijaría colectivamente hasta dónde debe permitirse cada una y de qué forma debe desarrollarse”<sup>169</sup>. Con este propósito, cualquier conducta susceptible de generar un coste debería atomizarse en sus componentes mínimos, en aras de comprobar la repercusión de cada uno de ellos y así adoptar una decisión colectiva en función de sus méritos globales. Es decir, cualquier conducta empresarial que pudiera afectar directa o indirectamente a la estabilidad del empleo de los trabajadores debería ser valorada colectivamente con carácter previo, con la finalidad de averiguar si la misma resulta la medida más adecuada para prevenir primariamente la contingencia del desempleo. Para ello debería evaluarse su repercusión en todas y cada una de las esferas que pudieran verse afectadas; y, finalmente, en función de todo ello, prohibir los actos o actividades pertinentes o bien supeditando su ejercicio a la autorización previa.

Modelo que, sin lugar a dudas, no sólo resultaría asfixiante para los ciudadanos (pues, monopolizaría todo el proceso decisorio)<sup>170</sup>, sino que presenta ciertas limitaciones, pues, cabe poner en entredicho su bondad intrínseca<sup>171</sup>. Y para el caso de que se proyectara a través de

---

<sup>169</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 106.

<sup>170</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 119. Sirva de ejemplo el caso de un panadero salmantino – apuntado por SUÁREZ GONZÁLEZ – para ilustrar lo expuesto (aunque no se refiera directamente a un supuesto de extinción de un contrato de trabajo, pero sí a un caso extremo de prevención específica). Con carácter previo, para situar normativamente el supuesto, conviene precisar que en virtud del Decreto 26 enero de 1944, relativo a la suspensión o cese de las actividades de la empresa (BOE 7 de febrero), el empresario para realizar cualquier modificación de las condiciones del contrato de trabajo, referidas a su contenido, precisan de la preceptiva autorización administrativa. Pues bien, un panadero en fecha 18 de septiembre 1957 presenta instancia en la Delegación Provincial de Trabajo “para sustituir por bicicleta el carro y el caballo con los que un empleado suyo repartía la mercancía”. Justifica la medida alegando que el trabajador trataba con desatención y negligencia el primer medio de transporte. La Delegación Provincial, en Resolución de 15 de enero de 1958, accede a la petición, lo cual es anecdótico. Lo verdaderamente trascendente está en el hecho de la intervención en sí misma y en el nivel de monitorización de la prevención específica respecto de la actividad empresarial. En este sentido, “si la intervención de las autoridades laborales puede llegar hasta el punto de decidir si un dependiente debe distribuir el pan con bicicleta en vez de utilizar el carro y el caballo, y se subordina la utilidad de la empresa a la seguridad del trabajador y a la estabilidad de su relación, no parece atrevido afirmar que se está en el camino de la rigidez económica y que se anula la iniciativa aun antes de que nazca”. Cit. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 249. Una crítica a la lógica asfixiante del modelo franquista en, DE LLUIS Y NAVAS. *Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales*, op. cit., p. 43.

<sup>171</sup> Tales órganos están integrados por individuos que están entrelazados en un complejo entramado decisorio, con intereses contrapuestos. En este sentido, BURTON tras preguntarse si los políticos son “eunucos económicos”, esto

reglas jurídicas, es fácil advertir que difícilmente podría ser absolutamente exhaustivo<sup>172</sup>, especialmente por la estructura básica de toda norma jurídica (generalidad y abstracción); y, específicamente en el ámbito que nos ocupa, por el “alto contenido axiológico sobre el que construye el entramado del Derecho del Trabajo” y la consiguiente necesidad de acudir a conceptos jurídicos indeterminados<sup>173</sup>. Además, probablemente sería extraordinariamente costoso para los ciudadanos<sup>174</sup>.

En este sentido, se parte de la base de que la libertad individual es un principio fundamental de todo sistema democrático y que, por lo tanto, debe adoptarse un criterio restrictivo con respecto a todas aquellas políticas o medidas que puedan suponer una violación injustificada. Por ello, adelantando las conclusiones, el propósito de describir un sistema jurídico regido por la *prevención específica absoluta* no es otro que el de poner de manifiesto su imposibilidad.

---

es, si “sólo actúan para maximizar la eficiencia social, sin tomar en cuenta su propia utilidad, su poder, su prestigio, su renta, o los votos de los partidos”, concluye críticamente que tal planteamiento es muy poco realista. **BURTON**. *¿Por qué expoliamos a la naturaleza?*, *op. cit.*, p. 23. Sin olvidar, por otra parte, que siempre pende la amenaza de la corrupción. **PIGOU**. *The economics of Welfare*. (5ª ed.) Macmillan & Co, Londres, 1952, p. 332. *Cit. COASE*. *La empresa, el mercado y la ley*, *op. cit.*, p. 23 y 24. Circunstancia que (junto a otras) debe desembocar, según la opinión de PIGOU – recogida por COASE –, en la creación de comisiones o comités *ad hoc*. COASE sostiene al respecto que la “confianza de PIGOU en las virtudes de las comisiones reguladoras independientes, hoy nos causan risa” (p. 25). *Vid.* al respecto, **REBUFFA**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 169 y 170. Desde la perspectiva neoclásica se llega a afirmar que en la medida que *el tomador de decisiones de una agencia gubernamental* no soporta el coste de sus decisiones ni capta todos los beneficios derivados de las mismas, significa que tienen menos incentivos que los propietarios privados para: i) asignar recursos a los usos más valiosos, y ii) mejorar la eficiencia en la producción. De hecho, se afirma, “el burócrata al escoger entre los usos de los recursos, tiene más incentivos para producir lo que  *cree*  que necesita la comunidad y menos incentivos para tratar de producir lo que la comunidad demanda”. **PEJOVICH**. *Fundamentos de Economía*, *op. cit.*, p. 151. En definitiva, como apunta LEPAGE, “si el mercado es un mecanismo de asignación de recursos bastante imperfecto, el Estado tampoco se encuentra exento de imperfecciones”. **LEPAGE**. *Mañana el capitalismo*. Alianza. Madrid, 1979, p. 155 a 157. *Cit. CASAS PARDO*. *Estudio introductorio*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>172</sup> El método de prevención específica tiene dificultades para “resolver cuestiones muy particularizadas”. **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>173</sup> **DEL VALLE VILLAR**. *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>174</sup> Aunque la intervención del Estado pueda eliminar los costes de transacción propios de las operaciones de mercado (negociación), no es menos cierto que la maquinaria administrativa del Estado no opera sin costes, pudiendo resultar extremadamente costoso su funcionamiento. **COASE**. *El problema del coste social*, *op. cit.*, p. 256. En efecto, cualquier intento dirigido a concretar el supuesto de hecho, sería extraordinariamente costoso – y probablemente inútil – porque requeriría una intensiva tarea de disección de la realidad para averiguar todos los riesgos implícitos en todas las actividades, cuál sería la alternativa para eludirlos y, finalmente, cuál de ellas sería la menos perjudicial. En tal caso, el esfuerzo que comportaría su determinación no suele estar justificado, especialmente, cuando el coste para realizar esa necesaria averiguación es superior al beneficio que se obtiene prohibiéndolas. *Vid.* al respecto también, **BUCHANAN** y **TOLLISON**. *Theory of Public Choice: political Applications of Economics*, *cit.* **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, nota 6, p. 131 (quien toma la cita a su vez de **LEPAGE**. *Mañana el capitalismo*. Alianza. Madrid, 1979, p. 157). Por otra parte, La voluntad colectiva de proteger a ultranza determinados bienes sociales desemboca en decisiones que prohíben determinadas conductas acompañadas de severas sanciones. En ocasiones, dadas las dificultades de controlar el efectivo cumplimiento de la norma, la única alternativa es confiar en que los individuos controlen sus propios actos. El autocontrol tiende a ser más efectivo cuanto mayor es la sanción potencial, lo que puede desembocar en que el agresor se aleje de la realización de aquellos actos que dan pie a incurrir en el hecho prohibido. Por ejemplo, las medidas legislativas que tratan de erradicar la discriminación sexual en el trabajo están acompañadas de severas sanciones. Las dificultades para controlar las motivaciones personales que impulsan las decisiones empresariales obligan al legislador a tratar de incitar el autocontrol mediante la imposición de fuertes medidas represoras. Si bien es cierto que su objetivo es la protección de un colectivo frente a determinadas agresiones, la medida puede tener efectos contraproducentes dado que puede desembocar en la no contratación de ese colectivo.



- Por todo ello, puede concluirse afirmando que, a pesar de que uno de los atributos de la prevención específica es la enorme precisión con la que puede incidir sobre la conducta de los individuos, esta cualidad impide su aplicación generalizada. En consecuencia, debe descartarse la reducción de los costes primarios mediante la aplicación exclusiva de la prevención específica. Lo que no obsta, evidentemente, a que se pueda utilizar para la prevención de riesgos muy concretos con gran efectividad.

En consecuencia, atendiendo a la simetría del modelo de prevención primaria, las restricciones de la prevención específica, derivadas de las deficiencias que subyacen en su propia configuración, desembocan en la necesidad de acudir al método de prevención general o de mercado. Así, las limitaciones de la prevención específica definen positivamente el ámbito de actuación del mercado.

### ***2.3.- La aplicación conjunta de los métodos decisorios: la regla de propiedad, la regla de responsabilidad y la regla de inalienabilidad.***

El análisis de los métodos decisorios ha partido del principio de que la prevención específica y la prevención general no se excluyen, aunque sí se limitan recíprocamente<sup>175</sup>. Posibilidad que ha exigido averiguar con qué intensidad pueden excluirse el uno al otro. En cualquier caso, parece del todo evidente que debe descartarse la configuración de un sistema preventivo primario fundado sólo en uno de ellos<sup>176</sup>. Por ello, es necesario que la decisión acerca de los costes primarios vinculados a la contingencia del paro se obtenga como resultado de la combinación de los dos. Entonces, *sólo* resta indagar la concertación que permita hallar la solución ponderada menos costosa.

La evolución histórica del ordenamiento jurídico laboral en relación la estabilidad es el reflejo de esta fricción, en esencia, política<sup>177</sup>. La opción por una determinada combinación, en

---

<sup>175</sup> En un plano radicalmente distinto, pero con una construcción conceptual muy similar a los parámetros descritos, GARCÍA ABELLÁN, describiendo la vida laboral, considera que ésta “se instala, jurídicamente pensada, en la dialéctica de lo autónomo y lo heterónimo en cuanto categorías normativas, siquiera sus oscilaciones determinen el índice o incidencia de dos tendencias éticas fundamentales; moral de masas o moral de individuos, lo que conduce a reputarlas por antitéticas y recíprocamente excluyentes”. GARCÍA ABELLÁN. *El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo*, op. cit., p. D-251. Planteamiento que puede extrapolarse a la dialéctica prevención específica – prevención general.

<sup>176</sup> De hecho, desde la ciencia económica se admite que “no existe ningún mercado completamente libre ni alguna economía completamente planificada”. PEJOVICH. *Fundamentos de Economía*, op. cit., p. 154 y 155.

<sup>177</sup> Planteamiento en que el subyace *naturaleza perenne* del debate relativo los intereses contrapuestos de las partes de un contrato de trabajo. Debate en el que, como apunta ALARCÓN CARACUEL, concurre una “contradicción de intereses que tienen un carácter estructural y, como tal, permanente, y que son intereses subjetivos perfectamente identificables y revestidos de una lógica aplastante: el empresario siempre perseguirá la optimización del beneficio y el trabajador siempre defenderá su medio de vida”. Planteamiento en el que los poderes públicos, conforme criterios políticos, “intervienen para marcar el punto de equilibrio en esa contradicción de intereses”, que a la postre “han de poder conciliarse”, aunque hallar este punto de equilibrio, apunta, no es fácil. ALARCÓN CARACUEL. *Duración del contrato, jornada y salario*, op. cit., p. 161 a 165.

un momento concreto, es el resultado de la confluencia de diversos intereses en juego y, sobre todo, de su imposición respecto de aquellos otros que simultáneamente aspiraban a establecer su criterio.

La función del Estado no sólo consiste en decidir qué da y a quién da un determinado derecho, sino que además debe definir cómo protege al destinatario. En términos generales – y siguiendo el planteamiento de CALABRESI y MELAMED<sup>178</sup> –, sobre la base de estos modelos descritos, la utilización del Derecho para la reducción de los costes primarios derivados de la pérdida del empleo puede canalizarse fundamentalmente a través del reconocimiento de tres tipos de derechos (*entitlements*), que exponemos a continuación sintéticamente.

Primero, puede utilizarse simplemente para asignar derechos de propiedad de un modo determinado – *property rule* o regla de propiedad - confiriendo los pertinentes mecanismos de vigilancia y garantía, sin ejercer ulteriores controles sobre las transacciones, aunque velando, eso sí, el buen fin de las operaciones (método de mercado). En este contexto, las partes son libres para enajenar sus titularidades, acordando el precio que estimen oportuno (por ejemplo, cláusulas de blindaje de los altos directivos)<sup>179</sup>.

En segundo lugar, el ordenamiento jurídico puede intervenir intensamente en este proceso estableciendo criterios de valoración que monitoricen el proceso de determinación del precio de la transacción (establecido pautas de cuantificación de los daños – *liability rule* o regla de responsabilidad). Si en el primer método el papel del Estado se limita a garantizar el respeto de lo acordado, en este segundo su intervencionismo es mayor porque se entiende que, en determinadas circunstancias, la capacidad de los individuos para determinar el precio de las transacciones es limitada. Por este motivo, aunque se permite la disponibilidad de las

---

<sup>178</sup> CALABRESI y MELAMED. *Property rules, liability rules and inalienability rules*. Harvard Law Review, vol. 85, 1972, p. 1089 y ss. *Vid.* las síntesis que hacen al respecto, PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, p. 683 y ss.; y *Principio de eficiencia y derecho privado*, *op. cit.*, p. 2864 y ss.; BISBAL MÉNDEZ. Prólogo a la obra de CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p.15; y MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 238 y ss.

<sup>179</sup> Como se sabe, una cláusula de blindaje tiene su origen en la naturaleza jurídica de la relación en la que se inserta, y consiste en un acuerdo entre el empresario y el alto directivo que pretende proteger a éste frente a la extinción injustificada del contrato. La cláusula no es sólo una medida de persuasión o defensa, sino que es la manifestación jurídica de un acuerdo en el que las partes han pactado libremente el coste de la extinción del contrato, con anterioridad a su advenimiento. La posibilidad de que las partes negocien efectivamente en un plano de igualdad, permite afirmar que la cantidad pactada es un verdadero “soborno”, es decir, que la víctima acepta que la compensación que recibirá es suficiente y es justificativa del daño que va a sufrir. En cambio, el empresario, sabiendo el coste que entraña su decisión, deberá valorar si decide ejercerlo o no. En este caso, es difícil determinar si las partes han valorado todos riesgos y cuáles son los criterios que impulsan a los contratantes a estipular una determinada cantidad, aunque no parece descabellado afirmar que se trata de un medio de determinación del coste que se acerca al método de mercado, aunque no del todo. En efecto, a pesar de la libertad de las partes, el papel de la prevención específica no desaparece del todo por dos motivos. En primer lugar, es posible que las partes no hayan previsto algún determinado riesgo, en consecuencia deberá acudir al contenido del RD 1382/1985 o bien al CC o el CCom. En segundo lugar, aun en el supuesto que los hubieran previsto, las cláusulas de blindaje no pueden rebasar los siguientes límites: “no podrán ser abusivas ni fraudulentas; no podrán obviar la cláusula *rebus sic stantibus*; deberán responder a su verdadera naturaleza indemnizatoria; y no contrariar a las leyes, la moral y el orden público (art. 1255 CC)”. MOLERO MANGLANO. *El contrato de Alta Dirección*. Civitas 1995, *cit.* DE VAL TENA. *Los trabajadores directivos de la empresa*. Aranzadi. Pamplona, 1999, p. 363 y ss. En tercer lugar, probablemente las partes no hayan tenido en cuenta las externalidades implícitas en su decisión, aunque en este caso, es posible que el monto de la indemnización, normalmente elevado, las englobe implícitamente.

titularidades y, por ello, las transacciones, se fijan determinados criterios para determinar el coste de las negociaciones<sup>180</sup>. El objetivo consiste en indicar colectivamente los perjuicios de un modo objetivo y, en función de su cuantía, dejar que sea el mercado el que determine el valor que atribuye cada empresario a la facultad de extinguir los contratos unilateralmente. De acuerdo con este esquema, ante unos costes determinados, el empresario es libre para extinguir unilateralmente el contrato o no. Desde una perspectiva del método de prevención general, se trata de una opción que, a pesar de estar condicionada, no desnaturaliza el papel del mercado ni por lo tanto, la capacidad de los individuos de decidir lo que más les conviene<sup>181</sup>. En última instancia, extinguirá el contrato siempre que ello le repercuta mayores beneficios o utilidades que el mantenimiento del trabajador en la empresa. La intensidad con la que ejecutarán estas decisiones dependerá del precio que colectivamente se haya estipulado.

No obstante, el problema fundamental que suscita este método decisorio basado en el mercado, es cómo se valoran los costes de los perjuicios derivados de la pérdida del empleo. Extremo que permite el tránsito a la tercera posibilidad. En principio, como se sabe, de acuerdo con el método de prevención general, debe tratar de buscarse unos criterios que se adapten lo máximo posible a las necesidades individuales de las partes, aproximándose a la cantidad por la que estarían dispuestos a dejarse “sobornar”. Asumiendo las dificultades que tiene el método colectivo para adaptarse a soluciones específicas, salta a la vista que la determinación objetiva de los costes derivados de la pérdida del empleo, en algunos casos, difícilmente podrá ceñirse a las necesidades individuales de los perjudicados<sup>182</sup>. Para ilustrar, a pesar de que la ley determine de un modo objetivo el método para cuantificar tales perjuicios, existen situaciones (por ejemplo, extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales) en las que a pesar de que el “ofensor” esté dispuesto a pagar la cantidad estipulada, no se consiente que se ejecute su voluntad (*inalienability rule* o regla de inalienabilidad). En estos casos, por motivaciones morales, sociales o culturales, se entiende que el papel de la intervención colectiva fijando unos criterios de responsabilidad y de valoración no es suficiente para corregir las imperfecciones propias del modelo de mercado parcialmente monitorizado. Por este motivo, y para estos casos, se descarta que la reducción de los costes primarios se supedite a este método decisorio de mercado colectivamente intervenido, prefiriéndose la aplicación de un modelo preventivo regido únicamente por

---

<sup>180</sup> En términos técnicos, deberá echarse mano de la *liability rule*, “siempre que la utilidad de alguien dependa de un recurso *unpriced* o parcialmente *priced*; cuando, en suma, el coste de establecer el valor de un recurso-derecho sea tan grande que el intercambio deviene prohibitivo, siendo éste, sin embargo, óptimo en la escala paretiana; en todas estas ocasiones, (...) se hace imprescindible el recurso a la ‘regla de responsabilidad’, la cual, a través de un determinación heterónoma del valor del recurso, facilitará un cambio socialmente deseable, que, sin embargo, en el ámbito de la *property rule* no tendría lugar, a causa de los altos costes de transacción”. PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, op. cit., p. 685.

<sup>181</sup> A no ser que la valoración de los costes sea tan elevada que someta el ejercicio del despido a cotas prohibitivas.

<sup>182</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 104 y 105.

decisiones de tipo colectivo. Así, el Derecho, por motivos de orden público, declara la inalienabilidad de las titularidades de los individuos. Se prohíben determinadas transacciones (y por lo tanto, el juego del mercado) porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la eficiencia que tales operaciones pudiera acarrear<sup>183</sup>.

De todos modos, conviene tener presente que aunque las funciones de cada tipo de regla de protección de los derechos son diferentes, sus finalidades son complementarias, por lo que es habitual que un mismo derecho sea protegido simultáneamente con reglas distintas según sean las circunstancias y los fines a perseguir en cada caso<sup>184</sup>. Así, frente al riesgo de la pérdida del empleo no existe una única medida de protección de un derecho, sino que, en función de su complejidad, será necesario utilizar diversas combinaciones simultáneamente. Es decir, dado que son varios los aspectos que pueden incidir en el advenimiento del riesgo que pretende evitarse, debe evaluarse para cada uno de ellos la combinación de los métodos decisorios más idónea para evitar o reducir sus efectos. La lógica preventiva primaria que rige en la extinción por motivos discriminatorios no es la misma que la que opera en el despido o bien en la extinción por causas ajenas al trabajador. Los diversos intereses políticos en juego moldean la acción preventiva y éste pauta la del Derecho. En definitiva, como ya se ha apuntado en repetidas ocasiones, la opción por cada una de estas vías es el reflejo del interés que las sustenta, por lo que nada obsta a que cuando el mismo cambie, también lo haga el sistema preventivo<sup>185</sup>.

### ***2.3.1.- Especial referencia a la regla de responsabilidad.***

El análisis conjunto de ambos métodos decisorios ha evidenciado la existencia de una tercera categoría de *entitlements* que conviene analizar detalladamente: las reglas de responsabilidad.

---

<sup>183</sup> Repárese que, conforme a este esquema, el derecho va asumiendo una función más importante a medida que el mercado deja de funcionar por la existencia de externalidades. Por lo que, “la categoría de externalidad se convierte en la categoría central de un esquema de derechos que se presenta como una propuesta de internalización de efectos externos utilizando un sistema descentralizado de instrumentos jurídico-privados”. **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>184</sup> **MERCADO PACHECO**. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>185</sup> “En el fondo lo que existe es una tensión entre dos tipos ideales que estarían a la base del ‘análisis económico del derecho’ y del ‘derecho económico’, cuyos momentos capitales pueden enfrentarse así: (i) Estado Liberal *vr.* Estado social; (ii) Derecho privado de la sociedad civil *vr.* derecho de la sociedad mixta; (iii) modelo social clasista *vr.* modelo social interclasista; (iv) libertad *vr.* igualdad; (v) mercado *vr.* intervención estatal; (vi) eficiencia *vr.* redistribución de la riqueza; etc. En esta serie de opciones (ideal, porque en la realidad no se encuentran sino formaciones intermedias), el jurista moderno – atendiendo al mandato constitucional que también a él va dirigido – deberá controlar los resultados del *economic analysis of law* de acuerdo con la que sea la *policy* que alimenta el ordenamiento, la llamada positividad política en que se traduce el ‘programa de objetivos’ del derecho”. **PAZ-ARES**. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, p. 704 y 705.

Desde el instante que un sujeto sufre un perjuicio, y se tiene constancia que ha sido producido por otro sujeto, el sistema jurídico debe quién debe asumir su coste. El modo como el sistema jurídico resuelve esta cuestión es a través de las reglas de responsabilidad, que establecen en qué circunstancias, con qué condiciones y con qué alcance se sufragan (total o parcialmente) estos perjuicios<sup>186</sup>.

Una cuestión relevante a tener en consideración es que la elección de un determinado modelo de imputación de responsabilidad está sustancialmente impulsada por motivaciones políticas y sociales. Por otra parte, derivado de lo anterior, conviene recordar que a la hora de imputar los costes derivados del acaecimiento de un riesgo, no existe un vínculo patrimonial inexorable entre el “agresor” y la “víctima”. No existe ningún motivo inquebrantable que obligue a escoger entre las dos categorías de sujetos que forman parte de esta relación. Se trata de una construcción jurídica perfectamente refutable y sustituible (CALABRESI). Existen diversos modelos de imputación de la responsabilidad. Es decir, se parte de un sistema de responsabilidad que dimana de obligaciones jurídicas preexistentes, aunque sin necesidad de que exista un contrato que las constituya; es decir, con independencia de la fuente de la que se derive<sup>187</sup>.

Lo que evidencia que, el Derecho es una herramienta adecuada desde un punto de vista preventivo dado que puede crear diversas *técnicas promocionales* capaces de influir sobre las conductas de los individuos motivándolas. Es decir, “suministrando razones operativas para la acción”<sup>188</sup> o, en su caso, la omisión. En definitiva, lo que se persigue es que a través de proposiciones normativas se formulen alternativas que son socialmente más deseables.

El fin del Legislador es encauzar conductas y esto lo hace imponiendo gravámenes a quienes pretenden alejarse de lo establecido y premiando a quienes se someten. Al respecto, la finalidad del Derecho consiste en proponer en qué forma deben ser utilizados los medios para alcanzar los fines previstos, en identificar las situaciones en que tales fines no son alcanzados y, en orden a corregirlos, prever la amenaza de una sanción<sup>189</sup>. En definitiva, el sistema funciona estableciendo un conjunto de normas que disuadan a los ciudadanos de la realización de actividades socialmente indeseados y persuadiéndoles para que ejecuten, en cambio, las que se entienden adecuadas.

---

<sup>186</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 497.

<sup>187</sup> Conviene tener presente que la estructura de los casos contractuales no difiere excesivamente de la de los casos extracontractuales. Como apunta PAZ-ARES, la diferencia entre contratos incompletos y no-contratos es hasta cierto punto una diferencia cuantitativa – en la cantidad de costes de transacción (*vid.* al respecto *infra*) – y no cualitativa. PAZ-ARES. *Principio de eficiencia y derecho privado*, op. cit., p. 2849 y 2850.

<sup>188</sup> PÉREZ LLEDÓ. *Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual*. DOXA n° 23, 2000, p. 668.

<sup>189</sup> “La estructura jurídica tiene su origen en la necesidad de articular coercitivamente sistemas superpuestos al mercado en aquellos casos en que por las deficiencias o imperfecciones de éste sea imposible alcanzar el equilibrio en su seno y se haga necesario establecer “normativamente” un nuevo abanico de reglas para alcanzar fines predeterminados”. TORRES LÓPEZ. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, op. cit., p. 39.

Todo modelo de responsabilidad, desde una perspectiva primaria, tiene como fin último la disuasión hasta un nivel de prevención socialmente eficiente. Lo que se pretende, en esencia, es influir sobre los procesos mentales de las personas en aras a alterar su comportamiento y reconducirlo hacia un determinado fin. Esquema del que se destilan dos elementos fundamentales: un determinado modelo de imputación de responsabilidades y una sanción, cuya naturaleza puede variar en función del fin que se persiga. El objetivo es establecer un conjunto de criterios de imputación del daño a unos sujetos determinados, con la aspiración de que la amenaza de la sanción desincentive la realización de comportamientos no deseados<sup>190</sup>.

A continuación se analiza la dimensión preventiva implícita en toda sanción, así como del criterio de imputación de responsabilidad que la motiva.

### ***2.3.1.1.- La sanción como medida de anticipación de un riesgo.***

Todo sistema de imputación de responsabilidad, con la finalidad de retraer a los individuos de la realización de comportamientos no deseados, bascula sobre la *promesa cierta de un mal*, esto es, una sanción. El efecto jurídico que se deriva de la producción de un daño provoca una reacción dirigida a reprimir ese daño. Por lo tanto, la represión opera en un sentido contrario al del daño, pues, se le opone<sup>191</sup>. La sanción, como instrumento que se opone al daño, cumple una doble finalidad<sup>192</sup>: una *anticipatoria, ex ante*, para motivar la omisión de conductas indeseadas; y una *sancionadora, ex post*, que castiga porque la conducta dañosa así lo merece<sup>193</sup>. En el ámbito contractual es común que la finalidad *sancionadora* sea simultáneamente *resarcitoria o reparadora*, dado que trata de compensar a la “víctima” por los perjuicios sufridos. Aunque no tiene que ser necesariamente así, dado que es posible que el Legislador, en aras a alcanzar un determinado objetivo, establezca mecanismos dirigidos a restituir la situación a su

---

<sup>190</sup> Sin duda, “los distintos factores de atribución inducen a las partes a tomar distintos niveles de precaución y a encarar en mayor o menor medida actividades riesgosas”. **COLOMA**. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p. 148.

<sup>191</sup> **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS**. *El incumplimiento de las obligaciones*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>192</sup> No obstante, en el ámbito de la doctrina civil, se ha suscitado un debate entorno a la finalidad que debe cumplir la responsabilidad civil. Un sector defiende que la finalidad de la responsabilidad civil no es “preventivo-punitiva sino que es meramente compensatoria o indemnizatoria”. **PANTALEÓN PRIETO**. *De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*. Diario La Ley, 1997, Refº D-63, Tomo I (versión digital). En cambio, otros autores entienden que la responsabilidad civil no sólo asume una función resarcitoria, sino que también cumple un papel disuasorio o preventivo. **SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU**. *Prevenir y Castigar*, *op. cit.*, p. 10, 11 y 113 a 124; **BISBAL MÉNDEZ**. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 88; **GÓMEZ y PASTOR**. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, *op. cit.*, p. 499 y 500; **JORDANO FRAGA**. *La responsabilidad contractual*, *op. cit.*, p. 34 y 35. **DE ÁNGEL YÁGÜEZ**. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, *op. cit.*, p. 231 a 233. Para un análisis en profundidad de esta cuestión, *vid.* **PINTOS AGER**. *Baremos, seguros y derecho de daños*, *op. cit.*, p. 65 a 69. En la doctrina laboral, abogando por la naturaleza preventiva, **DESDENTADO BONETE**. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes*, *op. cit.* (versión digital), p. 2.

<sup>193</sup> **PÉREZ LLEDÓ**. *Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual*, *op. cit.*, p. 677.

situación originaria (por ejemplo, exigiendo el cumplimiento de lo acordado o decretando la nulidad de un determinado negocio jurídico). También es posible que se prevean otro tipo de sanciones (administrativas o penales<sup>194</sup>) con un carácter claramente punitivo, careciendo por tanto de toda finalidad reparadora.

El respeto de las normas (o de los derechos o obligaciones) dependen de la existencia de una serie de factores que disuadan su incumplimiento, es decir que aseguren su respeto. El objetivo, siguiendo a PASTOR PRIETO, es que “quien considere la decisión de incumplir se abstenga de hacerlo ante la respuesta social adversa que resultaría del concurso de la acción del potencialmente agredido, o de alguien en su nombre, y del adecuado funcionamiento de las demás instituciones involucradas”<sup>195</sup>.

No obstante, aunque es posible que la imposición de multas económicas astronómicas, inhabilitaciones de por vida o penas privativas de libertad redujeran considerablemente los costes primarios, no cabe la menor duda que dichas sanciones serían inadecuadas desde un punto de vista de *prevención global*. Por lo tanto, el objetivo debe consistir en establecer un determinado nivel de disuasión que pondere los diversos intereses en juego, a pesar de que genere ciertos costes.

De lo que se desprende que la cuestión fundamental se halla en encontrar el sistema sancionador que genere un nivel de perjuicios (o si se prefiere, disuasorio) aceptable socialmente. Y, descendiendo al ámbito que nos ocupa, esto se traduce en la idea de que sólo se puede garantizar un determinado grado de estabilidad en las relaciones de trabajo. Por este motivo, no es conveniente que se configure una sanción para que despliegue sus efectos disuasivos sólo en términos de reducción de costes primarios, sino que debe tener en cuenta el resto de implicaciones. Debe valorarse, pues, el coste que para el “ofensor” implica la represión de la conducta calificada como indeseable, por una parte, y el beneficio que se obtiene - la “víctima” individualmente o la sociedad en su conjunto - si se consigue persuadirle, por otra.

---

<sup>194</sup> La posibilidad de imponer una sanción penal ante un supuesto de responsabilidad contractual laboral ha sido una posibilidad vigente en el ordenamiento jurídico español. Los art. 211 y 212 TRLPL<sup>73</sup> y <sup>76</sup> (no readmisión y readmisión irregular, respectivamente) establecían que el incumplimiento de la obligación de readmitir podía derivar en otro tipo de responsabilidades, entre ellas, la persecución penal por delito social (*vid. in extenso*, **MOLERO MANGLANO**. *El delito social*. RPS nº 100, 1973). Aunque la doctrina laboral (amparada por la jurisprudencia constitucional) ha destacado que la admisión de sanciones penales como sistema de tutela de la responsabilidad contractual, debe rechazarse puesto que redundaría en perjuicio de la libertad personal. De hecho, se entiende que la limitación de estas medidas ha constituido toda una conquista social irrenunciable. En cuanto a la posibilidad de imponer sanciones administrativas, lo cierto es que en la medida que se respeten los principios de legalidad y tipicidad (*ex art.* 1.1 LISOS), cabría una acción del legislador en este sentido. No obstante, conviene tener presente que la “tipicidad de las infracciones administrativas cuenta con una menor rigidez que la versión penal” e incluso podría entenderse que la normativa vigente ampararía medidas sancionatorias de este tipo (art. 8.11 LISOS). **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 141 a 152. *Vid.* también, **HERNÁEZ MANRIQUE**. *Ejecución específica de la obligación de readmitir en los casos de declaración de despido nulo*, *op. cit.*, p. 486 y 487.

<sup>195</sup> **PASTOR PRIETO**. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*. *Iuris*. Quaderns de Política Jurídica, nº 3, 1994, p. 159.

- Paralelamente, para que la amenaza sea efectiva, esto es, para que disuada a los sujetos de la realización de las conductas que se estiman socialmente reprobables, es preciso que se le otorgue la difusión adecuada. Los agentes que intervienen en el mercado de trabajo deben saber con cierta antelación las consecuencias que pueden derivarse de sus comportamientos. Lo que exige que previamente el sistema de imputabilidad de responsabilidades quede delimitado con claridad. La indefinición del mismo supondría una medida de prevención de escasa efectividad, porque los sujetos activos no serían capaces de prever las consecuencias que se podrían derivar de su conducta y, por lo tanto, actuarían a ciegas sin tomar las medidas precautorias oportunas<sup>196</sup>. Si el potencial “ofensor” conoce con carácter previo el sistema de imputabilidad y la sanción correspondiente, estará en condiciones de tomar las medidas que estime adecuadas para evitarla, siempre y cuando, claro está, sea evitable, y además sea menos costoso para sus intereses<sup>197</sup>.

Además, la sanción debe ser ejemplificativa, dado que su difusión evitará que cada uno de los sujetos tenga que experimentar por sí mismo los efectos de la misma. Si el conocimiento de la sanción dependiera de la experiencia individual de cada sujeto, no se alcanzaría una reducción satisfactoria de los costes primarios, porque eso significaría que ha entrado en juego los criterios de imputabilidad de responsabilidades, y por lo tanto que el daño ha acontecido (consecuencia que precisamente pretende evitar la prevención primaria).

Finalmente, para que la sanción tenga una virtualidad anticipatoria adecuada, es preciso que se articulen mecanismos de ejecución efectivos. Si no fuera así, perdería credibilidad<sup>198</sup>. Los potenciales agresores deben tener la certeza de que no existe posibilidad de que sus conductas queden impunes. Sin estos mecanismos, todo el sistema se vendría abajo.

- En síntesis, toda política de prevención primaria, debe articularse sobre la base de un determinado modelo disuasivo que consiga la retracción del potencial agresor. Aunque resulte paradójico, el sistema de imputación de responsabilidades debe garantizar la imputación de una sanción, pero, por naturaleza, debe articularse precisamente para evitar su efectiva implementación. De hecho, en términos primarios, su puesta en funcionamiento significará precisamente su *fracaso*, o más concretamente, el nivel de disfuncionalidad socialmente aceptado (el perjuicio aceptado).

---

<sup>196</sup> Cfr. SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU. *Prevenir y Castigar*, op. cit., p. 120.

<sup>197</sup> “Si se tiene en cuenta el efecto preventivo como el efecto resarcitorio de un sistema de responsabilidad dado, veremos que, conformando el criterio de la culpa como algo que tiene que ver con la probabilidad no es otra que la que permite imputar los daños a aquellos sujetos que están en condiciones de tener una correcta percepción de la probabilidad y que al mismo tiempo puedan actuar en consecuencia”. BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 91.

<sup>198</sup> MAS-COLLEL. *L'anàlisi econòmica i el Dret*. Juris. Quaderns de Política Jurídica n° 3, 1994, p. 82.



En sustancia, a partir de estos mimbres, *simplemente* queda por determinar la intensidad de la sanción (el nivel de disuasión) que, en términos generales, consiga irrogar los menores perjuicios posibles. En último término, la concreción de la intensidad con la que se pretende disuadir determinadas conductas, conlleva una determinada distribución de riesgos. Por lo tanto, lo que está en juego es la búsqueda de un sistema que permita, en una sociedad y en un modelo económico dado, priorizar entre las diversas alternativas posibles.

### ***2.3.1.2.- Los criterios de imputación de responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por riesgo.***

El análisis de los diversos modelos de imputación de responsabilidad desde la perspectiva del AED puede contribuir a dar información sobre si el modelo legal creado para prevenir el riesgo de perder el empleo y compensar a las “víctimas” alcanza los objetivos propuestos, esto es, si se obtiene un nivel de riesgo socialmente aceptado y el coste destinado para ello vale lo que cuesta. En definitiva, puede ofrecernos información para identificar posibles imperfecciones así como sugerir posibles vías de solución.

A fin de simplificar el estudio, se procederá al análisis de los dos modelos de imputación de responsabilidad paradigmáticos: la responsabilidad subjetiva (i.-); y la responsabilidad objetiva por riesgo (ii.-)<sup>199</sup>.

i.- En el sistema de *responsabilidad subjetiva*, siguiendo a BISBAL MÉNDEZ, la “culpa” permite distinguir entre los daños evitables y los inevitables, asignando los segundos a las víctimas; mientras que la noción de “causa”, produce una selección entre accidentes imputables e inimputables. En suma, “lo esencial del sistema de responsabilidad por culpa es el hecho de no imputar a los causantes los daños producidos por los accidentes que no merece la pena evitar”<sup>200</sup>. Según la regla de la responsabilidad por culpa, el “ofensor” es responsable,

---

<sup>199</sup> No obstante, como se sabe, en el seno de la ciencia jurídica se distingue entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por riesgo. La doctrina civil ha destacado las diferencias existentes entre ambas. La responsabilidad objetiva es más próxima al concepto “arcaico y anacrónico de responsabilidad por el resultado”. En cambio, la responsabilidad por riesgo “presupone en su base y en sus consecuencias una actuación voluntaria”. Por este motivo, se afirma, “no puede decirse que esta responsabilidad sea objetiva, pues la voluntad es su motor, que al producir consecuencias nocivas dentro de la esfera de riesgos del responsable para los derechos ajenos, ha actuado en forma anormal, con desprecio de esos derechos que deben ser respetados”. SANTOS BRIZ. *Art. 1902*. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XXIV. EDESA. 1989, p. 435 y 436.

<sup>200</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 86, 88 y 94. *Vid.* también, DE COSSIO. *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español*, *op. cit.*, p. 536 y ss. En este contexto, se discute si la indemnización debe resarcir el daño padecido por la víctima o bien debe ser igual al beneficio obtenido por el agresor. Se afirma que la elección por uno u otro método describe la finalidad preventiva o punitiva de la compensación. Así, la indemnización cumple una función disuasoria (o preventiva) si integra los beneficios obtenidos por el agresor; en cambio, su función es compensatoria si los beneficios igualan o superan los

asumiendo el coste del accidente, sólo si su nivel de precaución o cuidado es inferior a un determinado nivel que se estima debido. Si no alcanza este nivel de precaución cargará con todo el coste. Lo que, en principio, debe inducirle a adoptar las medidas precautorias óptimas, dado que así queda liberado de dicha carga. Ahora bien, si se excede en la precaución, a pesar de mantenerse liberado, incurrirá en un coste de precaución adicional innecesario<sup>201</sup>.

Solución legislativa que, según la doctrina, responde a una estrategia política y económica muy concreta. Como se ha expuesto, cabe pensar que en la búsqueda preeminente de un objetivo, el Legislador decida no gravar una cierta actividad con un coste que le sería perfectamente imputable, quizás porque este es el camino más fácil para lograr dicho objetivo<sup>202</sup>. Sin duda, como afirma BISBAL MÉNDEZ, “la culpa es un criterio que permite aligerar los costes que soportan quienes están en condiciones de decidir sobre la introducción de nuevos bienes y servicios en el mercado. La forma de aligerar estos costes es el elemento central del sistema. La culpa es un criterio que permite delimitar el coste del progreso asumido por la clase empresarial, y el coste que se reparte entre toda la sociedad; categoría que abarca, en principio, a todos los individuos, con independencia de su posición social. Que sean las víctimas concretas de cada accidente quienes paguen ese coste no asumido por la clase empresarial es cuestión que depende del método de resarcimiento adoptado”<sup>203</sup>.

Es interesante observar la relación existente entre la elección de un determinado modelo de imputabilidad de responsabilidad y el nivel de industrialización<sup>204</sup>. Pues, una

---

daños realmente causados. **PINTOS AGER**. *Baremos, seguros y derecho de daños*, *op. cit.*, p. 62 y 63. *Vid.* también al respecto, **SALVADOR CODERCH** y **CASTIÑEIRA PALOU**. *Prevenir y Castigar*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

<sup>201</sup> **GÓMEZ** y **PASTOR**. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, *op. cit.*, p. 517. Una exposición sintetizada al respecto en, **GÓMEZ POMAR**. *El derecho de los accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas*, *op. cit.*, p. 93 a 95. En el seno del análisis económico del derecho (en su vertiente *positiva*), y siguiendo la exposición de BISBAL MÉNDEZ (**BISBAL MÉNDEZ**. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 83 y ss.), a la hora de valorar los factores que ha de tener presente un juez para determinar la culpa en los casos responsabilidad extracontractual, se acude al criterio del juez norteamericano LEARNED HAND. Según su criterio – que, en opinión de POSNER, plasmaba el criterio *standard* de los tribunales estadounidenses – “el grado de diligencia exigido a una persona en un hecho accidental es el resultado de tres factores: la probabilidad de que su conducta dañe a otros teniendo en cuenta la gravedad de los daños que ocurrirían y comparando todo ello con el interés que debe ser sacrificado para evitar el riesgo”. Esta tesis ha sido utilizada por un sector de la doctrina del análisis económico del derecho para justificar la función social de la responsabilidad por culpa. Por ello, la fórmula económica de HAND, “se presenta como el resultado de multiplicar la probabilidad del accidente por los daños que se producirían si ocurriera, con el coste de evitar el accidente” (**BISBAL MÉNDEZ**, *op. cit.*, p. 84). Es decir, “si el coste de un accidente es menor que el coste de evitarlo, una empresa económicamente racional no evitará el accidente y preferirá pagar una indemnización a su víctima” (**SALVADOR CODERCH** y **CASTIÑEIRA PALOU**. *Prevenir y Castigar*, *op. cit.*, p. 135 y 136). No obstante, esta tesis parte de la base de la posible cuantificación de todos los factores, lo cual es improbable, por lo que la solución, apunta BISBAL MÉNDEZ, “implica siempre preferencias o elecciones entre inconmensurables” (**BISBAL MÉNDEZ**, *op. cit.*, p. 84) y además, se eleva la “ineficiencia económica a criterio de responsabilidad”, pudiéndose “prescindir de todo otro criterio, y ‘a-moralizar’ la noción de culpa” (**BISBAL MÉNDEZ**, *op. cit.*, p. 85). Por este motivo, para concluir, “el juicio de la culpa se funda en *standards* que, a falta de la posibilidad real de hacer un análisis de costes, están constituidos por la percepción que los operadores tienen de esa eficiencia. *Standards* que están llenos de un fuerte contenido ideológico sobre lo aceptable y lo inaceptable, sobre el progreso y sobre los intereses que corren paralelos y en contra de él” (**BISBAL MÉNDEZ**, *op. cit.*, p. 85 y 86).

<sup>202</sup> **CALABRESI**. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p. 49, y nota 12, p. 93.

<sup>203</sup> **BISBAL MÉNDEZ**. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>204</sup> En este sentido, **COASE**. *El problema del coste social*, *op. cit.*, p. 245 y ss.

“aplicación restringida del criterio de la culpa, significa un bajo coste a contabilizar por la clase empresarial y un claro incentivo para las actividades generadoras de riesgo”. En cambio, “una aplicación ampliada del criterio de la culpa puede tener un efecto totalmente contrario”<sup>205</sup>. Como apunta CABRILLO, la elección de un modelo de imputabilidad tiene evidentes repercusiones económicas, pudiéndose calificar como un mecanismo dirigido a fomentar un determinado nivel de industrialización. El establecimiento de una responsabilidad por culpa se traduce en una limitación de la responsabilidad empresarial ante los nuevos riesgos que generan los avances tecnológicos. En definitiva, se acepta que la industrialización provoca una serie de costes y sólo deben ser asumidos por las empresas si hubieran actuado con negligencia. Por consiguiente, la existencia de un perjuicio sin concurrencia de culpa finaliza con la imputación de los *costes externos* a los afectados. Entenderlo de otro modo, es decir, estableciendo un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, hubiese significado la paralización del progreso industrial y económico de la sociedad en su conjunto. Es interesante observar, también, que los progresivos cambios legislativos decretando la responsabilidad objetiva en determinados ámbitos concretos puede deberse – en la tesis defendida por CABRILLO - a dos opciones: o se entiende que los sectores en los que permanece la responsabilidad subjetiva son más necesarios para el desarrollo del país, objetivo que el Legislador asume como propio en su actividad legislativa; o bien, los grupos de interés del sector en el que rige la responsabilidad subjetiva, tienen mayor influencia a la hora de hacer prevalecer sus intereses sobre los perjudicados<sup>206</sup>.

ii.- El sistema de *responsabilidad objetiva por riesgo*, en síntesis, lo que hace es responder a la pregunta de quién debe hacerse cargo de los costes de los accidentes inevitables<sup>207</sup>. Desde un punto de vista del AED, se entiende que el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, como se ha apuntado, no sólo persigue alcanzar una más eficiente reducción del coste social del resarcimiento, esto es, no sólo aspira a corregir las consecuencias distributivas del sistema de la culpa, sino que también *pretende* reducir, de un modo radical el número y la gravedad de los accidentes<sup>208</sup>. En este sentido, se afirma que este modelo de imputación fuerza una asignación óptima de los recursos, dado que al obligar al causante a *internalizar* todos los costes derivados de una determinada contingencia, no tiene más remedio que buscar opciones menos arriesgadas, pues sólo así consigue evitar que se le imputen los costes de los daños derivados de

---

<sup>205</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 87.

<sup>206</sup> CABRILLO. *Industrialización y derecho de daños en la España del siglo XIX*. RHE nº 3, 1994, p. 596 y ss., 604 y 605. Vid. también, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES. *La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., nota 26, p. 776; y JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, op. cit., p. 58.

<sup>207</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 93.

<sup>208</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 77.

su actividad<sup>209</sup>. En la medida que este sistema de imputación ejerce presión sobre el individuo que tiene el control de las condiciones de riesgo, “es posible que la corrección de las mismas, hasta el límite económicamente aceptable, se produzca de un modo eficaz”<sup>210</sup>.

Es decir, la responsabilidad por riesgo, a diferencia de la responsabilidad por culpa, incide en el *nivel de actividad* del causante del daño<sup>211</sup>. De acuerdo con la regla de la responsabilidad por culpa, si el causante de un perjuicio ha adoptado la diligencia debida, no cargará con el daño provocado por su actividad. Por consiguiente, a la hora de decidir su nivel de actividad, elegirá un nivel por encima del socialmente óptimo. En cambio, conforme a las reglas de la responsabilidad por riesgo, en la medida que el “ofensor” carga con el resarcimiento con independencia del nivel de diligencia empleado, tendrá en cuenta el coste de los accidentes que produciría un incremento del nivel de su actividad, pues un mayor nivel de actividad conllevará un mayor coste de accidentes<sup>212</sup>. Por otra parte, el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo promueve la prevención de un modo más eficiente que el sistema de responsabilidad por culpa, dado que se trata de un sistema que opera “*ex ante*, que no permite errores, porque coloca el coste de los mismos, sin excepción sobre quien los comete”. Pero, además, si se tiene en cuenta que “esta presión se ejercita sobre quien tiene el control de las condiciones del riesgo, es posible que la corrección de las mismas, hasta el límite económicamente aceptable, se produzca de un modo más eficaz”<sup>213</sup>.

Una característica de los sistemas de responsabilidad objetiva por riesgo es que “lo importante no es quién paga, sino la forma cómo se paga”<sup>214</sup>. De esta forma, el objetivo a seguir muta, dado que lo que se pretende prioritariamente es asegurar la financiación del riesgo. Lo que da lugar a la aparición del seguro, como fórmula más apropiada para dotar de efectividad y aplicabilidad a este sistema. De hecho, como afirma MERCADER UGUINA, la aparición del seguro constituye una consecuencia “natural” de la aceptación de la

---

<sup>209</sup> Siguiendo nuevamente con la exposición de BISBAL MÉNDEZ, no obstante, nada parece indicar que conforme a este sistema el causante de los riesgos esté inducido a realizar una “reselección de daños evitables e inevitables distinta de la que promueve el sistema de responsabilidad por culpa”. Esto es así, porque aparentemente “la base de cálculo en la que se funda la decisión es la misma: comparar el coste de evitar el accidente con el daño esperado”. Por consiguiente, “continúan evitándose aquellos accidentes cuyo coste en medidas de seguridad no supere el daño esperado mientras que se contabilizan en el pasivo los costes de previsión que no superan el coste de las medidas de seguridad”. Ahora bien, esta aseveración se cumple siempre y cuando el sistema de responsabilidad de adecue a este cálculo, exista una previsibilidad absoluta y, finalmente, se acepte que el sistema judicial actúe sin costes y sin errores. En tanto que hay dudas de suficiente entidad como para considerar que estas premisas no se cumplen en la realidad, se desprende que “el sistema de responsabilidad por culpa [produce] más accidentes que el de responsabilidad objetiva”. BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 96 y 97.

<sup>210</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 97.

<sup>211</sup> No obstante, un sector de la doctrina del análisis económico del derecho entiende que un sistema de imputación centrado en el resultado, prescindiendo de la voluntad del “agresor”, implica una omisión significativa de lo justo, pues “de qué manera se puede calibrar la justicia de una decisión que prescinde de la mención a la voluntad del sujeto”. DURÁN Y LALAGUNA. *Una aproximación al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 132.

<sup>212</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 529.

<sup>213</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 98.

<sup>214</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 532.

responsabilidad objetiva por riesgo<sup>215</sup>. La ventaja de este planteamiento es que “convierte una pérdida probable (el daño producido si ocurre el accidente) en un coste cierto y menor (prima del seguro)”<sup>216</sup>. Por consiguiente, este modelo de imputación de responsabilidad tiene un claro componente de *seguro*: en la medida que proporciona cobertura frente a todo riesgo, incluso los inevitables aun usando la precaución debida, confiere una *especie* de “seguro a todo riesgo”. La cuestión, entonces, se desplaza a la determinación del tipo de seguro que debe configurarse, esto es, si debe acudir al seguro privado voluntario, o bien, atendiendo a exigencias de sociabilidad, debe recurrirse al seguro obligatorio y a la intervención del Estado<sup>217</sup>. El inconveniente es que los causantes no sean el óptimo asegurador y, por lo tanto, no pueda garantizarse *a priori* la compensación total de la víctima. Es en estos casos cuando cobra sentido que se imponga acudir a un asegurador profesional o a otro sistema de seguro obligatorio<sup>218</sup>. En consecuencia, “el grado de eficacia del sistema de responsabilidad objetiva ha de medirse, por tanto, en relación a esta forma de procurar el resarcimiento y de inducir el seguro contra el riesgo”<sup>219</sup>.

No obstante, en términos preventivos, las ventajas derivadas del sistema de responsabilidad objetiva, en comparación a la responsabilidad por culpa, pueden quedar sustancialmente atenuadas si se configura de un modo tarificado, tasado y de mínimos, porque es claro que genera situaciones de *infracompensación* (imputando a la víctima una parte de los daños provocados por el causante)<sup>220</sup>; constituyéndose en un poderoso argumento que incentiva comportamientos empresariales inadecuados (pues, no asume – no *internaliza* – la totalidad de los daños que provoca), por resultar económicamente más ventajoso que adoptar las medidas oportunas para evitar los accidentes.

Por otra parte, conviene apuntar que la existencia de un seguro, en ocasiones, puede derivar en actuaciones “descuidadas” (o *moral hazard*). Frente a esta situación, la regulación jurídica de los accidentes de trabajo ofrece una variedad de respuestas sumamente interesantes que conviene valorar<sup>221</sup>. Sin que ello implique su traslación automática a la contingencia de

---

<sup>215</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 65.

<sup>216</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 100; y MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 65.

<sup>217</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 65.

<sup>218</sup> GÓMEZ y PASTOR. *El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico*, op. cit., p. 532.

<sup>219</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 100. En términos similares, MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 65.

<sup>220</sup> Como afirma MERCADER UGUINA, citando a ALONSO OLEA, la objetivación del riesgo lleva a una objetivación de la responsabilidad, la objetivación de la responsabilidad se consigue mediante la referencia a la entidad de las incapacidades; en accidentes de trabajo, toda teoría de las incapacidades es, al propio tiempo, una teoría de las indemnizaciones y, por ello, un método de fijación o tasa de responsabilidades”. MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 73.

<sup>221</sup> *Vid.* al respecto, nuestro trabajo, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ. *Los criterios de imputación de responsabilidad por accidente de trabajo: una sintética (y breve) aproximación desde las perspectivas del análisis jurídico y del análisis económico del derecho*. En “La imputación de responsabilidades en las relaciones laborales (Coord. Agustí Julià)”. XIX Jornades Catalanes de Pret Social. Bomarzo. Albacete, 2008.

perder el empleo. Como apunta MERCADER UGUINA, tomando la palabra de DESDENTADO y NOGUEIRA, en relación a la prevención de accidentes de trabajo, el sistema de aseguramiento de tarifa plana no incentiva la elevación de los niveles de protección: “se trata igual a la empresa que invierte en prevención y a la que no invierte, aunque existe un sistema de intervención normativa en materia de riesgos laborales con sanciones punitivas bastante amplias, que tiene la función de producir un incentivo en sentido contrario”<sup>222</sup>. Un sector de la doctrina viene reclamando el establecimiento, por ejemplo, de primas de seguro variables en función del cuidado del asegurado, franquicias o el coaseguro<sup>223</sup>. Esto es, medidas dirigidas a presionar a los causantes de los accidentes para que operen del modo socialmente esperado, y de este modo evitar que “la cobertura total de un riesgo no se convierta en un incentivo para que se dejen de tomar las medidas de prevención que en ausencia de seguro se tomarían”<sup>224</sup>. Frente a estas conductas “descuidadas”, un sector de la doctrina sostiene que la solución “podría estar en la apertura de la actual tarifa de primas, ‘permitiendo dentro de la misma una ponderación individual en función de la siniestralidad de cada empresa’”, tal y como prevé el art. 108.3 TRLGSS<sup>225</sup>. Así, en tanto que no se modifique el modelo de tarifa plana, desde la perspectiva del AED, puede entenderse que la institución del recargo por infracción de las medidas de seguridad, así como la posibilidad de compatibilizar las prestaciones sociales y las indemnizaciones por daños (art. 127.3 TRLGSS) y la imposición de sanciones de carácter administrativo o penal responden a un intento de corregir las imperfecciones del modelo de responsabilidad objetiva financiada a través de un seguro<sup>226</sup>. Con el fin, en definitiva, de elevar los niveles de protección, incrementar las medidas de prevención de los accidentes y asegurar el pleno resarcimiento de la víctima<sup>227</sup>. Esta respuesta legislativa no es más que una respuesta lógica de la “correlación existente entre responsabilidad objetiva tarifada y la necesidad de establecer criterios de corrección cuando media causación culposa o dolosa del daño, supuesto en el que desaparece la tasa y el límite de la cuantía a indemnizar”<sup>228</sup>. El problema que se

---

<sup>222</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 49.

<sup>223</sup> Vid. al respecto brevemente, PASTOR PRIETO. *Una introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 161; y POLINSKY. *Introducción al análisis económico del derecho*, op. cit., p. 71.

<sup>224</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., nota 47, 100 y 101.

<sup>225</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 49; y DESDENTADO BONETE. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes*, op. cit. (versión digital), p. 8. En contra de la existencia genérica de diversos coeficientes en función del riesgo, vid. GONZALO y LÓPEZ. *Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la seguridad social*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000, p. 136 y 137. Vid. al respecto también, GÓMEZ POMAR, LUQUE PARRA y RUIZ GARCÍA. *STS, 4º, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales*. Revista Indret nº 4, 2001, www.indret.com, p. 12 y ss.

<sup>226</sup> Repárese, por otra parte, que a fin de evitar que este tipo de responsabilidad se cubra mediante el correspondiente seguro, y ello haga disminuir la diligencia del asegurado, está prohibido que el recargo pueda ser objeto de aseguramiento público o privado. Vid. al respecto, STSJ Murcia 12 de junio 2006 (AS 2348).

<sup>227</sup> En este sentido, ALFONSO MELLADO. *La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*. ASoc nº 14, 2003, versión digital (BIB 2003\1299).

<sup>228</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 74.

plantea, no obstante, es que este modelo de imputación de responsabilidad múltiple, compatible y acumulable, puede dar pie a la *sobrecompensación* de la víctima, lo que, a su vez, puede impulsarle a llevar a cabo comportamientos no diligentes, pues, es posible que acabe cobrando más que lo que pierde<sup>229</sup>. En tal caso, el sistema puede reaccionar incentivando el comportamiento diligente de la víctima, estableciendo reglas de compensación de culpas, en virtud de la cual el empresario puede quedar exonerado total o parcialmente si el comportamiento de la víctima ha sido negligente<sup>230</sup>. O bien, puede reaccionar evitando la *sobrecompensación*, aplicando lo que se conoce como la *regla de deducción*, esto es, que la víctima sólo tenga derecho a conseguir en un juicio la diferencia, si existe, entre las pérdidas sufridas y la cuantía cobrada por el seguro<sup>231</sup>. Sin embargo, este sistema hace disminuir los incentivos de la víctima a reclamar jurisdiccionalmente la indemnización que le corresponde, lo que a la postre se traduce en la desaparición del principal mecanismo disuasorio que impulsa al empresario a actuar de un modo diligente<sup>232</sup>. Dilema que podría superarse, como sugiere un sector de la doctrina, si el sistema legal permitiera, a través de una acción directa o por subrogación, que quien ha pagado la reparación del daño (la Seguridad Social) pudiera reclamar al responsable (el empresario) las cantidades pagadas a la víctima<sup>233</sup>.

Si bien es cierto que estas medidas se han planteado para prevenir los accidentes de trabajo, lo interesante es intentar observar hasta qué punto tales mecanismos preventivos pueden incorporarse a fin de evitar la contingencia de la pérdida del empleo. Extremo que analizaremos en el *Capítulo III* de esta *Segunda Parte*.

---

<sup>229</sup> **LUQUE, GÓMEZ y RUIZ.** *Accidentes de trabajo y responsabilidad civil.* Revista InDret nº 2, 2000, www.indret.com, p. 13. En este sentido, la STSJ Cataluña 20 de marzo 2006 (AS 2167) manifiesta – siguiendo el planteamiento de la Sala 4ª del TS – que “De la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación se infiere, ‘a sensu contrario’, que la reparación no debe exceder del daño o perjuicio sufrido, de modo que los damnificados no resulten enriquecidos injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena”.

<sup>230</sup> *Vid.* al respecto, extensamente, **BISBAL MÉNDEZ.** *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso, op. cit.*, p. 105 y ss.; **CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ y MONTANER FERNÁNDEZ.** *Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales.* Revista InDret nº 1, 2005, www.indret.com; y **GONZÁLEZ DÍAZ.** *Responsabilidad extracontractual por falta de medidas de seguridad: radiólogos, op. cit.* (versión digital). En la doctrina judicial, apuntando esta posibilidad – *obiter dicta* - STSJ Murcia 12 de junio 2006 (AS 2348).

<sup>231</sup> Criterio que sigue la jurisprudencia y la doctrina judicial social al descontar del montante de la indemnización por responsabilidad civil el importe de las mejoras voluntarias y de las prestaciones de la seguridad social. Un análisis crítico al respecto en **GÓMEZ POMAR, LUQUE PARRA y RUIZ GARCÍA.** *STS, 4º, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales, op. cit.*, p. 10 y ss. En cambio, como se sabe, tal y como sostiene, entre otras, la STS 2 de octubre 2000 (RJ 9673) no debe descontarse el importe del recargo. Siguiendo este planteamiento, SSTSJ Andalucía (Málaga) 11 de noviembre 2004 (AS 3926); Cataluña 30 de abril 2003 (AS 2105); y Aragón 18 de abril 2002 (AS 1759). Sin embargo, como recoge la STSJ Madrid 25 de abril 2005 (AS 1773), la jurisdicción civil no es partidaria de descontar del importe de la indemnización las prestaciones por seguridad social, mejoras voluntarias de seguridad social ni el recargo de prestaciones (lo que, concluye: “en definitiva, resulta evidente que para los trabajadores trae mucha más cuenta acudir a la jurisdicción civil que a la social”).

<sup>232</sup> Lo que en sede judicial se califica como la “compulsión económica sobre el patrimonio”. STSJ Madrid 25 de abril 2005 (AS 1773).

<sup>233</sup> **LUQUE, GÓMEZ y RUIZ.** *Accidentes de trabajo y responsabilidad civil, op. cit.* (versión digital), p. 14.

### **3.- Recapitulación.**

En el presente epígrafe hemos tratado de hacer una exposición sintetizada de ciertas categorías conceptuales, esenciales para poder llevar a cabo el propósito de evaluar el régimen jurídico vigente que regula la movilidad externa desde la perspectiva analítica del AED. Desde esta perspectiva, hemos partido de la base de que la pérdida del empleo es un riesgo y el Derecho tradicionalmente ha diversas medidas con el fin de neutralizar esta contingencia.

Desde esta perspectiva, siguiendo el planteamiento de CALABRESI, hemos hecho una distinción entre los costes primarios, secundarios y terciarios. En cuanto a los secundarios, hemos partimos de la base de las siguientes ideas clave. En primer lugar, a la hora de determinar quién debe abonar los costes derivados de un determinado daño, no existe ningún vínculo inexorable entre agresor y la víctima (todo depende, del objetivo o finalidad jurídico-pública y/o preventiva que persigamos). En segundo lugar, uno de los factores que contribuye a disminuir los costes secundarios es que la víctima perciba un resarcimiento con la mayor celeridad posible. En cuanto a los modelos de imputación de los costes secundarios, podemos hablar de *fraccionamiento total*, fraccionamiento parcial o “buena bolsa”, fraccionamiento personal y fraccionamiento temporal.

En lo que respecta a los costes primarios, a la hora de evaluar el nivel de riesgo que una sociedad está dispuesta a aceptar existen dos modelos de decisión paradigmáticos que no se excluyen pero se limitan recíprocamente. La prevención específica o colectiva y la prevención general o de mercado. Asumiendo que no puede configurarse un sistema preventivo basado exclusivamente en uno solo de estos métodos decisorios, irremediamente debe procederse a un sistema que los combine. La cuestión está en escoger la combinación que sea la más adecuada en términos de eficiencia.

La función del Estado no sólo consiste en decidir qué da y a quién da un determinado derecho, sino que además debe definir cómo protege al destinatario. Siguiendo el planteamiento de CALABRESI y MELAMED<sup>234</sup>, sobre la base de estos modelos descritos, la utilización del Derecho para la reducción de los costes primarios derivados de la pérdida del empleo puede canalizarse fundamentalmente a través del reconocimiento de tres tipos de derechos (*entitlements*): *property rule* o regla de propiedad; *liability rule* o regla de responsabilidad; y, finalmente, *inalienability rule* o regla de inalienabilidad. Por emplear una categoría de clasificación, cada uno de ellos describen niveles de intervención colectiva diferenciados (de

---

<sup>234</sup> CALABRESI y MELAMED. *Property rules, liability rules and inalienability rules*. Harvard Law Review, vol. 85, 1972, p. 1089 y ss. *Vid.* las síntesis que hacen al respecto, PAZ-ARES. *La economía política como jurisprudencia racional*, *op. cit.*, p. 683 y ss.; y *Principio de eficiencia y derecho privado*, *op. cit.*, p. 2864 y ss.; BISBAL MÉNDEZ. *Prólogo* a la obra de CALABRESI. *El coste de los accidentes*, *op. cit.*, p.15; y MERCADO PACHECO. *El análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 238 y ss.



menos a más). En cuanto a las *liability rules*, hemos tratado de diseccionar su mecánica de funcionamiento preventivo en base, primero, a la existencia de una sanción y, segundo, a partir de un determinado criterio de imputabilidad (y en este sentido, hemos distinguido entre la responsabilidad subjetiva y por riesgo).

Pues bien, en las páginas que siguen, se tratará de analizar el régimen jurídico de la movilidad externa a partir de estos parámetros analíticos. El propósito es evaluar las normas desde esta matriz conceptual, con la intención de identificar posibles incoherencias desde el punto de vista de la eficiencia y de proponer algunos cambios con el objeto de alcanzar resultados más óptimos (traduciéndose, en definitiva, en algunas propuestas de *lege ferenda*).



### CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL DERECHO POSITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA METODOLOGÍA ANALÍTICA DE LA ECONOMÍA: EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL Y LA PREVENCIÓN DEL RIESGO A LA PÉRDIDA DEL EMPLEO.

La pérdida de un puesto de trabajo es un riesgo del que difícilmente los poderes públicos pueden quedarse al margen. Frente a esta realidad, debe tratarse de establecer si la forma como el Derecho organiza la prevención de esta contingencia y su posterior compensación es eficiente<sup>1</sup>. Y, en aras a resolver este dilema, es evidente que la dogmática jurídica es incapaz de ofrecernos información relevante al respecto. En efecto, si se acepta que los criterios de imputación de responsabilidad no sólo aspiran a resarcir a la “víctima” del perjuicio sufrido, sino que también pretenden disuadir comportamientos no deseados y fomentar otros que tienen una mayor aceptación social, es claro que los instrumentos analíticos que ofrece la ciencia jurídica se quedan “cortos” para evaluar de qué modo la norma jurídica incide en la conducta de los individuos y con qué intensidad; y, en virtud de todo ello, determinar si el modelo alcanza los objetivos política y socialmente aceptados.

En cambio, como se ha expuesto, la metodología analítica que emplea el AED “*puede ser un instrumento*” de análisis muy poderoso para evaluar la eficacia del sistema jurídico. Esto es así, porque este método “*posibilita una determinada*” valoración de la efectividad de la norma, la forma como estas medidas influyen en los individuos, si son capaces de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto.

En otras palabras, la naturaleza *conductista* de la teoría económica ofrece algunos parámetros que, de algún modo, permiten “predecir” el comportamiento de los individuos ante el Derecho, posibilitando el estudio de los efectos previsibles del sistema jurídico y ofreciendo criterios que permiten delimitar la ‘bondad’ o ‘maldad’ de esos efectos y las normas. Erigiéndose en *un medio* para identificar las posibles incoherencias del modelo legal en un contexto determinado.

Este enfoque gravita sobre la idea de que el sistema jurídico en su totalidad crea incentivos para que las personas se comporten de un determinado modo. En definitiva, a partir de un procedimiento de “evaluación objetivable”, se entiende que la norma repercute en la conducta humana, induciendo unos resultados que pueden ser calificados como ‘buenos’ o ‘malos’ por la sociedad.

En este epígrafe, se prestará especial atención al sistema de prevención que se deriva de la regulación jurídica de los supuestos de movilidad externa, tomando como punto de partida el tratamiento legislativo existente en el Derecho liberal hasta la II República. Varias razones

---

<sup>1</sup> En términos similares, **DESDENTADO BONETE**. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes*, op. cit. (versión digital), p. 1 y 2.

justifican esta aproximación. En primer lugar, porque se trata de un régimen jurídico en el que la conservación del negocio jurídico se plantea en términos “elementales” (desde el punto de vista de la simplicidad de la regulación jurídica) y, por consiguiente, su análisis desde la perspectiva preventiva resulta más sencillo. Erigiéndose en una plataforma analítica excelente para la comprensión del modelo actual, como se observará. Y, en segundo lugar, derivado de lo anterior, porque, aunque pueda resultar sorprendente, el estudio de este período de la historia del Derecho el Trabajo no sólo nos permite hacer un análisis prospectivo, trasladando parte de sus planteamientos y conclusiones a la realidad jurídica actual, sino que nos describe los elementos esenciales de la lógica preventiva que rige en el sistema jurídico vigente. Aspecto que se irá evidenciando a lo largo de la exposición y, sobre todo, tras cotejar ambos sistemas preventivos.

Antes de iniciar el estudio, conviene dejar claro que lo que en estas páginas que sigue se pretende es *someter* determinadas instituciones que conforman la idea de la estabilidad en el empleo al aparato analítico de la economía. Se trata, por tanto, de un estudio esencialmente conceptual, por lo que es posible que alguna de las afirmaciones que se contienen quede desvirtuada (o falseada) por la realidad estadística y econométrica. Lo que, sin perjuicio de posibles errores personales de valoración (por lo que aprovechamos la ocasión para pedir disculpas anticipadamente), lejos de rebatir la validez de la capacidad analítica de la economía, ponen de manifiesto, entre otras cosas, que el análisis que se propone y el modelo y las conclusiones que se obtienen, parten de la asunción de *un determinado patrón de conducta*, sin olvidar que los actos de los individuos son el resultado de múltiples factores, alguno de ellos, difícilmente explicables desde un punto de vista racional.

Por otra parte, atendiendo al debate suscitado en el contexto de la Unión Europea respecto de la denominada *flexiseguridad* (a partir del Libro Verde ‘Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del Siglo XXI’) y que supone un replanteamiento de los mecanismos de protección del empleo clásicos, nos parece especialmente interesante someter sus elementos operativos a la evaluación del método preventivo descrito en este estudio, a fin de contribuir en la medida de nuestras posibilidades a la discusión en curso, tratando de dar luz sobre sus ventajas e inconvenientes.

***A.- La lógica liberal y la sujeción a los actos propios como medida preventiva para la estabilidad en el empleo.***

***I.- El Derecho común y la prevención frente a la extinción sin causa del contrato.***

A pesar de las diferencias formales entre el Código Civil y el de Trabajo, en lo sustantivo, ambos textos legislativos coinciden en la voluntad de garantizar la temporalidad del vínculo y la estabilidad *contractual*. Bajo el imperio de la autonomía de la voluntad, se entiende que las partes están sujetas a sus propios actos y, por ello, se articulan un conjunto de medidas que tratan de preservar lo acordado, protegiéndolo de aquellas circunstancias que amenazan su estabilidad. El hecho de que la mayoría de los contratos se celebraran por tiempo determinado relativiza considerablemente la trascendencia de los contratos de duración indefinida en el mercado de trabajo, convirtiendo a los primeros en el modelo contractual tipo.

Según la lógica liberal, el régimen jurídico de la responsabilidad bascula entorno a la culpa, de tal modo que la obligación de reparar el perjuicio sólo nace, en tanto que la fuente del daño sea la conducta consciente y voluntaria del dañador. Planteamiento que es propio de una sociedad preindustrial<sup>2</sup>. Sintéticamente, el sistema de la culpa se describe a partir de dos elementos: culpa del “agresor” y nexo causal entre su conducta y el daño acaecido.

La progresiva tecnificación de la sociedad y del sistema productivo, fruto de la industrialización, lleva consigo un proceso expansivo del riesgo y, por consiguiente, de la causación de daños. En este escenario normativo y tecnológico, el modelo de responsabilidad subjetiva se erige en un mecanismo jurídico muy beneficioso desde la perspectiva empresarial, dado que, al exigirse la culpa, dibuja importantes espacios de inimputabilidad (especialmente en el ámbito de los accidentes de trabajo por existir daños anónimos o bien por no concurrir ésta)<sup>3</sup>. Es claro que este modelo beneficia notablemente los intereses empresariales, pues, posibilita que el empresario no tenga que asumir (no se *internalizan*) los costes derivados del

---

<sup>2</sup> Como afirma MERCADER UGUINA “en aquel tipo de sociedad, la diligencia en el ejercicio de la actividad del hombre reducía a dimensiones normalmente despreciables el riesgo inherentes a tales actividades: quedaban los accidentes sustraídos totalmente al control del hombre, debidos al desencadenamiento de fuerzas superiores de la naturaleza o a causas misteriosas, pero no parecía que el Derecho privado pudiese actuar útilmente en tales ocasiones”. MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 59 y 60. *Vid.* también en este sentido, CABRILLO. *Industrialización y derecho de daños en la España del siglo XIX*, op. cit., p. 596 y ss.; BORRAJO DACRUZ. *Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900)*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir y coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED, Madrid 2000, p. 81 y ss.; LORENTE y GARRIGA. *Certeza jurídica vs. justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español*. En “Cien años de Seguridad Social”, op. cit., p. 61 y ss.; VICENTE DOMINGO. *Los daños corporales: tipología y valoración*, op. cit., p. 28 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ. *Los orígenes de la Seguridad Social*, op. cit., p. 14; BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS. *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., p. 36 a 38; JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, op. cit., p. 298 a 307; VÁZQUEZ MATEO. *En torno a la teoría del riesgo de Empresa*. RDT n° 8, 1954, p. 40 y 41; y BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, op. cit., p. 79 y ss.

<sup>3</sup> LORENTE y GARRIGA. *Certeza jurídica vs. justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español*, op. cit., p. 76 y 77.

desarrollo de las actividades de las que se lucra. Especialmente, si las situaciones en las que las organizaciones productivas se encontraban en dificultades o en crisis se equiparaban a la imposibilidad objetiva.

Bajo estas premisas, el ordenamiento jurídico y, especialmente el derecho de los contratos y obligaciones, sólo aspira a salvaguardar la regla *pacta sunt servanda* y es insensible a la *seguridad en el trabajo*, como medio para garantizar la subsistencia física del trabajador<sup>4</sup>. Extremo que se evidencia en el tratamiento jurídico aplicable a los contratos de duración indefinida.

Aún así, desde una perspectiva preventiva, es conveniente analizar si en este sistema subyace indirectamente un modelo de prevención que de algún modo permita reducir los costes primarios derivados del paro. En este sentido, parece obvio que en la mentalidad del Legislador no existe la voluntad de establecer un mecanismo dirigido a evitar o reducir los riesgos derivados de la pérdida del empleo a través de su intervención en la regulación del contrato de trabajo. Lo cual no quiere decir que la sociedad contemporánea no fuera consciente del alcance de este problema, sino que no se percibe que la restricción de los supuestos de *movilidad externa* sea el medio más adecuado para combatirlo<sup>5</sup>. Consecuencia evidente, si se asume que el modelo de relaciones laborales se inserta dentro de la lógica liberal e individualista<sup>6</sup>. La “escuela liberal” imperante es unánime al exigir la no intervención del Estado, “y menos aun por medios coercitivos, en las relaciones de trabajo, ni, por consiguiente, en lo que al paro se refiere. La manera de que esas relaciones se regularicen es dejarlas entregadas a la libre competencia, al libre tráfico, al librecambismo internacional, poniendo de este modo, en práctica el conocidísimo principio económico: *Laissez faire, laissez passer*”<sup>7</sup>.

En cualquier caso, la ausencia de instrumentos jurídicos dirigidos a fomentar la estabilidad en el empleo, significa que no existen mecanismos adecuados para evitar que tales daños acontezcan. Lo cual no obsta a que los órganos públicos aspiren a procurar la mejora de las condiciones de vida y la situación económica de la clase obrera. Aunque para conseguirlo no se plantea la necesidad de conservar el contrato de trabajo, sino que, en España, se vincula a la

---

<sup>4</sup> De hecho, se llega a afirmar que “si el obrero tuviera el jornal asegurado trabajaría generalmente poco y mal y aun los buenos obreros serían arrastrados por un ambiente ruinoso. Ningún particular podría sostener industrias de esta forma, pues es absurdo suponerlo. El que de buena fe crea lo contrario que ensaye la teoría con sus ahorros”. SOLER Y LABERNIA. *Los bajos sociales. La mendicidad y la vagancia*. Alcalá de Henares (Imp. Reformatorio de Jóvenes), 1923, p. 28. Cit. DE LA VILLA GIL. *Problemas de estabilidad en el empleo*, op. cit., nota 3, p. 3.

<sup>5</sup> Véase al respecto la radiografía que GARCÍA OVIEDO realiza de las medidas dirigidas a evitar el problema del paro sin incluir ninguna que afecte a la regulación del contrato de trabajo (salvo, la reducción de jornada) en, *Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso*, op. cit., p. 8 a 11.

<sup>6</sup> Aunque también conviene tener presente que, hasta la proclamación de la II República en 1931, “la situación del paro forzoso nunca revistió caracteres pavorosos ni por su volumen ni por su duración”, porque la situación económica española no era del todo mala, especialmente después de la I Guerra Mundial, y además “España tuvo durante muchos años una gran válvula de escape: la emigración a América”. GONZÁLEZ GALLEGU. *El Derecho al trabajo y su protección en la legislación española. La lucha contra el paro*. Madrid 1950, I, capítulo III, p. 120 y ss. Cit. en SUÁREZ GONZÁLEZ. *La terminación del contrato de trabajo*, op. cit., p. 241. En términos similares, CUESTA BUSTILLO. *Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, op. cit., p. 734.

<sup>7</sup> GONZÁLEZ ROJAS y OYUELOS. *Bolsas de trabajo y seguro contra el paro forzoso*, op. cit., p. 63.

posesión de pequeños dominios rurales, para hallar una ocupación durante los períodos de inactividad, o a la conservación de la propiedad (mediante el derecho de sucesiones), y al reparto del empleo (mediante la reducción de las horas de trabajo)<sup>8</sup>. Aspectos que, entre otras cosas, ponen de manifiesto el escaso desarrollo industrial español.

Además, la carencia de mecanismos que compensen adecuadamente tales perjuicios (indemnización por despido o seguro de desempleo) coloca a los trabajadores en una situación de verdadera precariedad y absoluta indefensión, pues la mayor parte de los perjuicios provocados por la situación de paro acaban repercutiendo en su persona. Lo cual es coherente con la teleología perseguida por el sistema jurídico. Si el empleo no es un problema que deba resolver el derecho de las obligaciones y contratos, es evidente que no se prevean mecanismos contractuales que traten de disuadir al empresario de la toma de decisiones que supongan un aumento del nivel de desempleo.

A pesar de todo ello, lo interesante es que en la propia regulación liberal pueden identificarse algunas medidas que implícitamente introducen mecanismos de prevención primaria. La sujeción a los actos propios - en definitiva, la estabilidad contractual - impide que el empresario extinga el contrato arbitrariamente, lo que significa que se protege una cierta continuidad de la relación laboral (sumamente relativizada, pues queda circunscrita al término pactado). Por lo tanto, desde una perspectiva preventiva, el sometimiento de las partes a lo pactado, ofrece, de un modo indirecto, una modalidad de protección al empleo que debe ser analizada<sup>9</sup>. Especialmente, porque el modelo actual participa de muchos de estos elementos preventivos.

Es cierto que su finalidad prioritaria no es salvaguardar la estabilidad, pero tampoco pueden descartarse los efectos indirectos que repercuten en la conservación de la relación de trabajo. Sobre la base de la lógica conceptual preventiva definida anteriormente, la protección de la estabilidad contractual, esto es, la regla *pacta sunt servanda*, puede calificarse como una *medida preventiva primaria de origen colectivo*. Esto es así porque pretende evitar el advenimiento de los perjuicios derivados de la extinción anticipada de lo acordado. Con este fin, se articulan un conjunto de mecanismos jurídicos que tratan de impedir que acontezca dicho riesgo. Conviene dejar sentado que, a los ojos del Legislador, la contingencia no es la pérdida del empleo, *sino la extinción anticipada e injustificada del arrendamiento de servicios celebrado por tiempo fijo*. Bajo esta premisa, las medidas preventivas van dirigidas a reducir los perjuicios derivados de la extinción arbitraria del contrato y *no tanto los derivados de la pérdida del empleo*. Por este motivo, la regulación jurídica del despido no prohíbe las extinciones anticipadas en función del riesgo a que el trabajador pierda los elementos que garantizan su subsistencia física, sino que sólo se impiden

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ ROJAS y OYUELOS. *Bolsas de trabajo y seguro contra el paro forzoso*, op. cit., p. 67 a 72 y 75 a 78.

<sup>9</sup> En términos similares, DURÁN LÓPEZ. *El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo)*, op. cit., p. 11.

aquellas que se entienden más gravosas para el funcionamiento del mercado, esto es, aquellas que suponen actuación contraria a los actos propios injustificada.

Por su parte, el preaviso en los contratos de duración indefinida (cuando sea exigible) es, asimismo, una medida preventiva aunque de naturaleza distinta de la expuesta anteriormente. La finalidad de la norma no es evitar el desempleo, sino reducir los perjuicios provocados por las extinciones intempestivas. Al igual que con los contratos de duración determinada, como se expondrá, esta medida puede ser analizada en términos preventivos, dado que repercute, aunque sólo sensiblemente, en la reducción de los costes primarios derivados del paro.

### ***1.- Medidas preventivas frente a la extinción sin causa de los contratos de duración determinada: la estabilidad contractual.***

Dentro de la lógica de la responsabilidad subjetiva, el acuerdo contenido en un contrato de trabajo de duración determinada está sujeto a múltiples riesgos que pueden impedir que llegue a buen fin (imposibilidad objetiva, por ejemplo), sin embargo, el ordenamiento jurídico es especialmente sensible a las extinciones arbitrarias o no justificadas. Como se sabe, en los contratos sometidos a término, el régimen jurídico no es uniforme, sino que junto al régimen general o “común” del art. 1586 CC, se prevén normas específicas para los auxiliares del comerciante y los empleados domésticos. Motivo por el que se procederá a su estudio separado.

#### ***1.1.- Régimen general o ‘común’.***

En un sistema sometido al imperio de la autonomía de la voluntad, la actuación contraria a los actos propios injustificada supone una amenaza para el funcionamiento eficiente del mercado. El resto de circunstancias que extinguen el contrato *ante tempus* no están sujetas a una sanción, lo cual quiere decir que el interés preventivo del Legislador sólo se centra en aquellas extinciones anticipadas que estén impulsadas por un incumplimiento culpable previo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En la causalidad del despido subyace una delimitación positiva de las posibilidades del empleador: se puede extinguir el contrato antes del término siempre que el trabajador haya incumplido el contrato. Entre ambas posibilidades se produce una simetría perfecta, dado que la exoneración del empresario no puede ir más allá del límite hasta el cual al trabajador se le reconoce su derecho, y el derecho de éste no puede ir más allá de donde empieza la liberación del empresario. Por lo tanto, las reglas de responsabilidad son inversamente reglas de exoneración y viceversa.



La causalidad del despido, como se sabe, es la respuesta jurídica a la voluntad “política” de evitar las extinciones caprichosas en los contratos a tiempo fijo. Extremo que lleva implícito un proceso de reflexión previo, en virtud del cual, se ha entendido que, en función de la idoneidad de las diversas alternativas en juego, determinadas decisiones no justifican el coste que ocasionan y, en consecuencia, se prohíben. Si bien es cierto que, durante la negociación del contrato, las partes hubieran podido pactar cláusulas dirigidas a disuadir las conductas arbitrarias, el ordenamiento jurídico interviene porque, ante todo, quiere proteger el cumplimiento de lo pactado y considera que se encuentra en mejor posición para desarrollar este cometido que las partes afectadas (circunstancia especialmente presente en la realidad laboral). Intervención que podría interpretarse como un medio de reducir los costes de transacción, o bien, como una manifestación de desconfianza en la capacidad de los contratantes para prever eficazmente este tipo de contingencias (incardinada, por tanto, en un sistema de prevención específica o colectiva).

El análisis de la prevención de esta contingencia y de la respuesta normativa para mitigar los daños que genera, debe centrarse en tres aspectos: el supuesto de hecho de la norma, la sanción y, finalmente, los costes terciarios derivados de la puesta en marcha de esta política preventiva.

### ***1.1.1.- La causalidad del despido como medida de prevención primaria específica.***

#### ***1.1.1.1.- El supuesto de hecho de la norma.***

La efectividad primaria de una norma depende de que ofrezca, *ex ante*, la suficiente información como para que, con anterioridad al hecho que se quiere prevenir, el actor conozca con precisión el significado del precepto. Lo cual, exige que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (la sanción) queden claramente definidos.

En cuanto al supuesto de hecho, conviene recordar que el Código Civil regula esta cuestión de un modo impreciso, porque simplemente prohíbe los despidos “sin justa causa”, *ex art. 1586 CC*, sin mayores precisiones. El empresario debe declarar su voluntad de extinguir el contrato de trabajo y para su total perfección, el despido debe fundarse en una causa, que debe existir antes de su declaración.

La vaguedad con la que se formula el supuesto de hecho permite a las partes comprender el significado de la norma, pero sólo de un modo aproximado y vago. Por ello, no parece que el término “sin justa causa” cumpla los requerimientos necesarios para incidir adecuadamente en el comportamiento de los sujetos, porque sólo se establece una indicación general de la conducta que se pretende reprimir.

En efecto, la incertidumbre derivada de la norma es manifiesta, dado que el infractor no puede saber a ciencia cierta si su comportamiento es subsumible en el supuesto de hecho hasta que no la ha realizado y ha sido valorada por los órganos jurisdiccionales (siempre, claro está, que el trabajador reclame).

Por otro lado, la incertidumbre derivada de esta verificación, *ex post*, supone un alto coste para el actor, porque desconoce el sentido exacto que le otorga el Legislador a la cláusula “sin justa causa”. La imprecisión del supuesto de hecho, convierte a la experiencia personal en la principal fuente de información. Lo cual, como se sabe, no constituye una política de prevención primaria adecuada, pues la verificación de su legalidad presupone el acaecimiento de la conducta que precisamente quiere evitarse. Pero además, este proceso se repetirá en cada nueva situación, no subsumible en alguna de las experiencias previas que haya experimentado el “ofensor”. Corroborando la planificación de una política de prevención primaria inadecuada.

En definitiva, esta técnica legislativa entorpece la posibilidad de conocer, *ex ante*, las probabilidades de ser sancionado, lo cual, en principio, debería otorgar a la norma una eficacia disuasiva elevada<sup>11</sup>. Sin entrar a valorar aún la incidencia de la judicialización de los conflictos, conviene matizar esta afirmación pues, en último término, dependerá de la sanción que lleve aparejada la conducta ilícita<sup>12</sup>.

Desde una perspectiva preventiva, resulta mucho más económico establecer un conjunto de cláusulas legales dirigidas a precisar el significado que el Legislador otorga al término “justa causa”. Como se sabe, la precisión legislativa del supuesto de hecho constituye una clara manifestación de prevención específica<sup>13</sup>. La acción colectiva puede dirigirse a definir con mayor detalle el supuesto de hecho de la norma. De esta forma, el actor tiene más elementos para saber, anticipadamente, si su actuación será admitida o no (se ajusta a derecho), lo cual reduce los perjuicios provocados por la incertidumbre y, a su vez, disminuyen los costes terciarios destinados a interpretar la norma jurídica.

Al respecto, la tipificación de las conductas realizada por el CdT<sup>26</sup> (arts. 21 y 22), todas ellas vinculadas al incumplimiento del trabajador, permite sortear alguno de los inconvenientes y deficiencias que presentaba el art. 1586 CC.

---

<sup>11</sup> O bien, debería compeler a las partes a invertir mayores esfuerzos en concretar el sentido de la norma.

<sup>12</sup> Lo que puede provocar efectos contraproducentes, especialmente si el “ofensor” sabe que puede ser muy elevada, porque puede retraer la vasta actividad en la que se inscribe la conducta tipificada: no sólo evitaría los despidos arbitrarios, sino que va más allá e inhibiría el empleo de la extinción anticipada, justificada o no, por temor a ser sancionado. Consecuencia que si bien conseguiría un nivel elevado de reducción de los costes primarios, tendría como contrapartida un alto coste porque restringiría intensamente (e innecesariamente) el ámbito de actuación del empleador. El cual, en el extremo, no despediría, aunque intuyera que tiene un motivo para ello, porque desconocería si su decisión se ajusta a derecho o no, y temería que su decisión fuera severamente sancionada.

<sup>13</sup> Cfr. **TOHARIA CORTÉS** y **MALO OCAÑA**. *Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994*, op. cit., p. 20.

### **1.1.1.2.- La sanción.**

Frente a la imprecisión del supuesto de hecho, en cambio, contrasta la precisión de la sanción (art. 1124 CC). La decisión extintiva del empresario injustificada, no produce efectos y se califica como un incumplimiento contractual, facultando al trabajador la posibilidad de reclamar el cumplimiento del término o la resolución, más una indemnización de daños y perjuicios. Si el trabajador opta por exigir el cumplimiento de lo acordado, se retrotrae la actuación empresarial al momento anterior de la extinción, como si no hubiera ocurrido. El fin es que las partes queden sujetas a los actos propios, a pesar de que una de ellas haya manifestado abiertamente su voluntad de no continuar con la prestación. Se estima que esta solución es menos perjudicial que la que se irrogaría si el sistema jurídico permitiera a los contratantes actuar en contra de lo pactado.

En términos preventivos, en la medida que se traslada a la “víctima” la decisión respecto del destino que debe darse a lo acordado, se evita que “agresor” ejecute una conducta socialmente reprobable, aunque estuviera dispuesto a sufragar los costes que ocasiona. Es decir, aunque el empresario muestre su predisposición a compensar al trabajador los daños y perjuicios derivados de la ruptura arbitraria del contrato, es el trabajador el facultado para decidir el futuro de la relación contractual.

La dureza de la sanción, en principio, exigiría una definición precisa del supuesto de hecho, en aras a la seguridad jurídica y a la efectividad del sistema preventivo primario. Sin embargo, como se ha visto, la precisión del art. 1586 CC brilla por su ausencia, atribuyéndose a los órganos jurisdiccionales su concreción. Además, como se analizará, en tanto que el sistema reconduce el conflicto a la solución jurisdiccional, es fácil advertir que el sistema genera elevados costes terciarios. Delegación que, por otra parte, tampoco solventa el problema, porque al conferirse un amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales no puede garantizarse su homogeneidad interpretativa<sup>14</sup>. En definitiva, el empresario no tiene forma de valorar, siquiera aproximadamente, si es mejor (más económico) despedir o abstenerse. En este contexto, parece que lo más probable sería que, ante la certeza de una sanción y la imposibilidad de saber si su conducta es subsumible en el supuesto de hecho, el ofensor acabe inhibiéndose.

Sin embargo, conviene tener presente que el sistema genera una incertidumbre notable en la “víctima”, lo cual provoca elevados costes secundarios. En primer lugar, porque no garantiza el percibo de una compensación inmediata, exigiéndose su canalización a través de

---

<sup>14</sup> Sólo el concepto de “jurisprudencia” puede contribuir a mitigar este efecto “difuminador” de la interpretación judicial y garantizar una mayor seguridad y certeza.

una acción judicial. El carácter incierto respecto del éxito o no de su pretensión, las dudas respecto al importe de la compensación que percibirá y así como respecto del momento de su efectivo cobro son trastornos que amenazan seriamente al trabajador despedido. Lo que puede impulsarle a aceptar un fraccionamiento parcial de los costes o, incluso, acabar desistiendo de su pretensión.

### ***1.1.1.3.- Los costes terciarios y la causalidad del despido.***

En cuanto a los costes terciarios (o de administración) de la política preventiva descrita, conviene separar dos niveles de análisis. Por un lado, los costes terciarios vinculados a la declaración judicial del incumplimiento del empresario. Y por otro lado, los costes terciarios, derivados de la ejecución del fallo judicial.

### ***1.1.2.- El control de la decisión empresarial y la valoración de los costes terciarios.***

La redacción del art. 1586 CC plantea importantes disfuncionalidades desde un punto de vista preventivo. Las lagunas del supuesto de hecho junto con la precisión de la sanción (art. 1124 CC) pueden calificarse como contraproductentes, porque no suministran razones operativas adecuadas para la inhibición. Los empresarios no tienen medios para conocer anticipadamente si su conducta se ajusta a la legalidad o bien son potenciales “agresores” a los ojos de la ley, dado que no se define con precisión el ilícito civil. Pero también resulta negativo para la “víctima”, pues, como se ha observado, es generador de incertidumbre y, por tanto, de elevados costes secundarios.

Podría argüirse que la experiencia de otros empresarios, contenida en la doctrina jurisprudencial, solventaría parcialmente estas lagunas, delimitando las pautas de conducta legalmente válidas. No obstante, conviene poner en duda la validez de este mecanismo por diversas razones. En primer lugar, se trata de orientaciones y, por lo tanto, el nivel de certeza de las mismas no es absoluto, dado que es difícil que se den situaciones idénticas, y las valoraciones judiciales difícilmente son homogéneas (más aun, si no existen criterios homogéneos que orienten sus decisiones y están supeditadas a su libre apreciación). Por lo tanto, la experiencia de otros empresarios no garantiza que otros casos similares queden subsumidos dentro del supuesto de hecho de la norma, pues pueden existir matices que lo descarten. En segundo lugar, y más importante, este medio de información genera elevados costes administrativos (o costes terciarios) que, como se sabe, deben evitarse en la medida de lo

posible. Por todo ello, *a priori*, no parece que sea un método adecuado para precisar el supuesto de hecho, por lo que es preciso averiguar si existen otros medios menos costosos.

Salta a la vista que una mayor precisión de la norma permitiría soslayar gran parte de los problemas apuntados. La enumeración de las causas justificativas del despido contenida en el CT<sup>26</sup> aspira a mitigar estos efectos. Sin embargo, esta precisión normativa tampoco consigue erradicar el principal problema del método de prevención específica que, como se sabe, tiene su origen en las dificultades de adaptarse a situaciones muy particularizadas. En algunos casos, a pesar del esfuerzo de precisión realizado, el actor sigue sin poder saber anticipadamente si su acción es subsumible en el supuesto de hecho (y la “víctima” poder predecir el fallo del órgano judicial). La capacidad de la norma de prever todas las circunstancias posibles es finita, dado que no puede predecir todas las potenciales contingencias.

Frente a esta deficiencia caben dos soluciones, o bien se deja que las partes complementen el contenido de la norma, es decir, se recurre a una solución del mercado; o bien, se decide incurrir en elevados costes administrativos, delegando la concreción a un tercero (órganos de solución de conflictos jurisdiccionales o no). Si se acepta que en el mercado de trabajo es difícil que exista paridad en el poder de negociación de los contratantes, debe descartarse el primer mecanismo de concreción apuntado (a no ser, claro está, que se establezca un principio de indisponibilidad relativa o norma más favorable), porque no concurren los requisitos mínimos para que el método de decisión de mercado opere eficientemente.

Afirmación que desemboca irremediamente en la segunda de las opciones apuntadas, esto es, la intervención de los órganos jurisdiccionales<sup>15</sup>. Esto no significa que las partes tengan restringida la posibilidad de negociar dentro del marco legal, sino que al margen de lo que hayan pactado, debe permitirse su monitorización. Especialmente porque las partes tienen reconocidos derechos y, éstos, como afirma PASTOR PRIETO, son “valores esperados”, por lo que “su relevancia social depende tanto de su contenido como de la probabilidad de que éste sea efectivamente tutelado por los procedimientos que la sociedad haya arbitrado”<sup>16</sup>. Y, sin duda, la aplicación de las normas comporta un coste, especialmente, si originan un conflicto, y aún más, si exige la intervención de los órganos judiciales. Estos costes, se refieren a los costes monetarios directos, así como a los indirectos, como la dilación, y los costes no monetarios, como el sufrimiento. Por otra parte, estos costes conflictuales abarcan no sólo los que incurren las partes involucradas, sino también los soportados por la sociedad a través de la financiación

---

<sup>15</sup> No obstante, conviene apuntar que cabría articular otro mecanismo preventivo, esto es, un sistema de control (administrativo o judicial) de la decisión empresarial *ex ante* (mediante el modelo conocido como despido-propuesta, en virtud del cual, la decisión empresarial no tiene eficacia directa e inmediata). Sin embargo, esta opción no sólo es generadora de importantes costes terciarios, sino que además es sumamente costosa porque restringe extraordinariamente la esfera de libertad de las partes afectadas. Aunque este argumento no ha impedido que se implantara en algún momento de la historia del Derecho del Trabajo español.

<sup>16</sup> PASTOR PRIETO. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*, *op. cit.*, p. 156.

pública de los sistemas de resolución de conflictos. Además de costoso, como se ha apuntado, el proceso de tutela efectiva de las normas es incierto. La generalidad de las normas jurídicas así como la interpretación judicial de las mismas hacen que el resultado de todo litigio penda de un grado elevado de incertidumbre<sup>17</sup>. Por todo ello, es bastante probable que la solución jurisdiccional de los conflictos pueda dar lugar a situaciones ineficientes, porque el coste que se deriva del funcionamiento de la administración de justicia es muy superior al perjuicio que se derivaría de una decisión de mercado ineficiente<sup>18</sup>. Ante esta realidad inapelable, la sociedad podría valorar la posibilidad de no ocuparse de estas cuestiones en absoluto y ahorrarse el coste que supone la habilitación de un mecanismo de solución judicial de conflictos público<sup>19</sup>. Posibilidad que sería válida, siempre y cuando, la sociedad no atribuyera a la seguridad jurídica y al orden público valor alguno. Lo que no es el caso. La necesidad de garantizar estos principios justifica, sin duda, la inversión destinada a protegerlos. Siguiendo con PASTOR PRIETO, una de las *fuentes de infelicidad o sufrimiento* a las que se enfrenta la sociedad en relación al sistema jurídico es, junto con el Derecho considerado como “malo” (por ejemplo, si es injusto o ineficiente, sustantiva o procesalmente), la falta de respeto de los derechos, el incumplimiento real de las obligaciones a pesar del carácter bueno del Derecho. Por lo que, a pesar de lo apuntado, la solución jurisdiccional de los conflictos, en general, debe calificarse como positiva, especialmente, “porque proporciona garantías superiores al resto de mecanismos alternativos, lo que puede hacerla más que conveniente, necesaria”<sup>20</sup>.

Lo que no obsta que se busquen mecanismos que traten de reducir estos costes terciarios. Es decir, pueden buscarse alternativas a la judicialización de los conflictos<sup>21</sup>. Uno de estos mecanismos es la conciliación previa (a pesar de que también comporta unos costes terciarios). La Ley de Tribunales Industriales (de 1908 y 1912), primero, y el CT<sup>26</sup> que la integra después en el Libro IV<sup>22</sup>, establecen que, con carácter previo a la celebración del juicio, las partes deben tratar de llegar a un acuerdo con el fin de evitar el inicio del proceso judicial. Desde una perspectiva preventiva, este trámite es un mecanismo legal dirigido a evitar que el

---

<sup>17</sup> PASTOR PRIETO. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*, op. cit., p. 162 y 163.

<sup>18</sup> Aunque podría matizarse esta aseveración, con TOHARIA CORTÉS y MALO OCAÑA, pues “un sistema privado de supervisión de causas de despido sería extremadamente costoso para las partes frente a un sistema público financiado con fondos del presupuesto estatal”. TOHARIA CORTÉS y MALO OCAÑA. *Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994*, op. cit., p. 20.

<sup>19</sup> Vid. al respecto COASE. *El problema del coste social*, op. cit., p. 256.

<sup>20</sup> PASTOR PRIETO. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*, op. cit., p. 157 y 172.

<sup>21</sup> Según PASTOR PRIETO, la “sociedad estaría mejor si nos preocupáramos de buscar el mecanismo que proporcione más tutela de derechos a menor coste (esto es, el mecanismo eficiente). Ciertamente, en algunos supuestos tal mecanismo será el judicial, pero ni lo es en todos ni quizás lo sea en la mayoría. La judicialización de los conflictos sí es un ‘mal’ cuando existen alternativas superiores, léase alternativas que proporcionan resultados similares o mejores a un coste social menor”. PASTOR PRIETO. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*, op. cit., p. 165.

<sup>22</sup> Un análisis de la evolución histórica de esta institución en el proceso laboral en, MONTERO AROCA. *Las conciliaciones en el proceso laboral*. RDPI nº 2-3, 1973, p. 512 y ss.

conflicto se resuelva en la esfera jurisdiccional y, por tanto, a reducir costes terciarios<sup>23</sup>. Pero no sólo eso, pues, posibilita la rehabilitación del trabajador con mayor rapidez que si se acudiera a la solución judicial, lo que, como se ha expuesto, contribuye a reducir los costes secundarios de un modo notable.

Volviendo a la dimensión de los costes terciarios, en el sistema procesal laboral, la conciliación es una fase obligatoria, en el que, bajo la tutela de un juez, se anima a las partes a que lleguen a un acuerdo para evitar el proceso<sup>24</sup>. En términos preventivos, la conciliación previa es una figura peculiar porque se trata de una medida de prevención específica, pues es un trámite de obligado cumplimiento en todos los procesos, pero que, en cambio, opera conforme a las reglas del mercado<sup>25</sup>. La Ley obliga a las partes a negociar, pero no a que lleguen a un acuerdo. En definitiva, este trámite procesal posibilita la existencia de un verdadero “mercado de daños”, pues las partes están en disposición de negociar el precio del “soborno” por el cual el trabajador acepta que se le irroge un perjuicio. La Ley, inspirada por la idea de que las partes son las que mejor saben lo que les conviene, abre un espacio para el juego de la autonomía de la voluntad. Pero, sobre todo, conviene resaltar que en este sistema subyace la idea de que lo más beneficioso para la sociedad en su conjunto es que no se active todo el aparato jurisdiccional.

A diferencia de una decisión de mercado tipo, esta negociación está monitorizada por la instancia judicial. De este modo, se pretende limar los desajustes que suscita la desigualdad

---

<sup>23</sup> Trámite que puede identificarse con la figura jurídica de la transacción civil, *ex art.* 1809 CC: “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado”. *Vid.* al respecto, **OJEDA AVILÉS**. *La renuncia de derechos del trabajador*, *op. cit.*, p. 184 y ss.

Por otra parte, la doctrina discute si la conciliación tiene naturaleza procesal o no. Un sector de la doctrina entiende que partiendo de la base de que la conciliación es un proceso especial, la sustitución del proceso por la conciliación no deja de ser una *contradictio in terminis*. Sin embargo, a esta postura se objeta que aunque se admitiera la naturaleza procesal de la conciliación, no cabe duda que “no es ni ilógica no contradictoria su existencia; siempre será aconsejable el sufrir un mal pequeño para evitar otro mayor”. **MONTERO AROCA**. *La conciliación preventiva en el proceso civil*. RJC nº 4, 1971, p. 877; y *Las conciliaciones en el proceso laboral*. RDPI nº 2-3, 1973, p. 499 y 500. Sin embargo, conviene apuntar que las razones por las que esta doctrina entiende que la conciliación es necesaria, y cumple una función preventiva, pero no para evitar los costes derivados del funcionamiento de la administración de justicia, sino como un método de huida de “la selva inextricable, porque no pueden conjeturar cómo ni cuando saldrán de ella” (p. 878).

<sup>24</sup> “(...) es un trámite esencialísimo, de orden público y su inobservancia lleva como consecuencia la nulidad de todo el juicio”. **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, Vol. II, Editorial Reus, Madrid 1927, p. 756.

<sup>25</sup> Sin embargo, con carácter previo, conviene puntualizar que las posibilidades del trabajador para acceder a la tutela jurisdiccional (y por ende a la conciliación) son remotas. De acuerdo con la STS de 2 de junio 1925, la aplicación del art. 1586 CC, está subordinada a la existencia del contrato y al término fijado para su duración y cumplimiento, por lo que si el obrero trabaja “sin contrato y a jornal diario, es indudable que no existe período de tiempo que pueda servir para regular la indemnización por el despido, aunque éste sea sin previo aviso y sin causa justificada”. **SCAEVOLA**. *Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664*, *op. cit.*, p. 911. La gran difusión de pactos verbales relativos a la duración del contrato y al importe del jornal criban de un modo muy considerable las reclamaciones obreras. En todos estos casos, es evidente que el amparo legal desaparece, por lo que también se vaporizan las medidas de prevención primaria, definiendo un espacio de absoluta impunidad para el empresario. Si el trabajador consigue superar este escollo, tendrá lugar la conciliación. Si celebrada, no prospera, la desventaja del trabajador se agudiza, dado que a lo largo del proceso debe demostrar que la decisión del empresario no sólo es injustificada sino que además le ha irrogado un daño. Además, los contratos de duración determinada prorrogados por tácita reconducción eran calificados por la jurisprudencia como contratos de duración indefinida. **GALLART Y FOLCH**. *Derecho Español del Trabajo*, *op. cit.*, p. 80 y 81.

entre las partes contratantes y, sobre todo, evitar que la conciliación desemboque en una renuncia de derechos del trabajador<sup>26</sup>. Por consiguiente, no se tiene una libertad absoluta para transaccionar, sino que la ley trata de tutelarla mediante la intervención del juez. En definitiva, lo que esta intervención pretende es limar las imperfecciones del mercado. En concreto, se insta al juez a que respete lo pactado, a no ser que considere que de lo logrado se deriva lesión *grave* para alguna de las partes<sup>27</sup>. Esta tutela, en sustancia, resume - en términos de prevención colectiva- la desconfianza de la capacidad de las partes para determinar *adecuadamente* el precio del perjuicio.

Aunque conviene preguntarse si el juez es el sujeto más idóneo para determinar lo que más conviene a las partes, o en otros términos, si está en disposición de hacer una valoración de los daños más ajustada que la que podrían hacer las partes individualmente<sup>28</sup>. De hecho, desde el instante que la norma le delega esta función de control, debe entenderse que colectivamente se presume que es la persona en mejor posición para determinarlo<sup>29</sup>. En este sentido, lo cierto es que si en el proceso de negociación *inter partes* hay evidentes problemas de información, cuando se traslada esta valoración a la esfera del juez, tales problemas aumentan. Todo el proceso de averiguación judicial del perjuicio sufrido por la ruptura injustificada del contrato está condicionado a la información suministrada por las partes. En este proceso siempre existe el riesgo elevado de que el juzgador obtenga una descripción sesgada de la realidad. Además, tampoco se fijan parámetros que le guíen en su juicio<sup>30</sup>. En este contexto, es

---

<sup>26</sup> Lo que se pretende es evitar dos posibles situaciones. En primer lugar, que se produzca una transacción derogatoria, esto es, que bajo la apariencia de un acuerdo, se soslaye la aplicación de una norma imperativa (reduciendo el perjuicio del trabajador, a través de una renuncia de un derecho). En este sentido, la doctrina distingue entre este tipo de transacción (*ex ante*), de aquella en la que el derecho subjetivo se ha perfeccionado. Si bien la primera recibe la calificación de nulidad radical, la segunda es aceptada, dado que “no se renuncia a ningún beneficio social o indemnización, sino que se adopta una forma de solventar diferencias cuya justificación y cuantía podrán ser discutibles”. En segundo lugar, se pretende que la conciliación o transacción oculte que el *retentum* del empresario sea mayor de lo que le corresponde, a pesar del *datum* al trabajador. En definitiva, la norma laboral trata de superar los peligros que subyacen en el art. 1816 CC, al declarar que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada entre las partes, impidiendo que el juez evalúe si fue resuelta equitativamente. **OJEDA ÁVILÉS**. *La renuncia de derechos del trabajador*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>27</sup> Art. 459 CT<sup>26</sup>. Se trata de una novedad introducida en 1926, por lo que con anterioridad a su promulgación el acto de conciliación era verdaderamente un espacio en el que libremente las partes pactaban el precio de los “sobornos”, sin ningún tipo de tutela estatal. Si bien es cierto que existen determinados principios jurídicos dirigidos a evitar abusos, probablemente la inexistencia de cauces procesales que facultaran la intervención de oficio del juez, impidieron que tales abusos no se produjeran. Así, posiblemente por este motivo, el legislador se vio impulsado a incluir esta mención en la ley, con el objeto de tutelar este cauce previo.

<sup>28</sup> En términos similares, MONTERO AROCA apunta que ante las dificultades del juez de disponer de elementos de juicio suficientes para constatar la existencia de la lesión, en la práctica no son frecuentes los casos en los que el juez ordene la continuación del juicio. **MONTERO AROCA**. *La conciliación preventiva en el proceso civil*. RJC n° 4, 1971, p. 877; y *Las conciliaciones en el proceso laboral*, *op. cit.*, p. 522 y 523.

<sup>29</sup> En último término, la sustracción de la decisión de las partes al control judicial, pese a las apariencias, provoca la aparición de un nuevo problema, esto es, la discrecionalidad. La orientación que se da al Juez para apreciar si debe intervenir es excesivamente abstracta y regida por criterios no jurídicos.

<sup>30</sup> Posiblemente, sería menos costoso que colectivamente se estableciera una cantidad (determinada en función de un conjunto de elementos subjetivos) por debajo de la cual se presumiera, *iuris tantum*, que el acuerdo ha supuesto un perjuicio para una de las partes. Como criterio orientativo para el juez, ALARCÓN Y HORCAS propone que debe entenderse que existe una lesión grave para declarar la inexistencia de la avenencia, “cuando por virtud de aquella



probable que sea cual sea su decisión, uno obtendrá un beneficio inesperado y el otro sufrirá un perjuicio inmerecido.

En definitiva, la conciliación, tanto si ha intervenido el juez - por apreciar la existencia de un perjuicio grave - como si no, irrogará probablemente unos daños inmerecidos y unos beneficios inesperados. A pesar de esta imperfección, estos perjuicios se justifican siempre y cuando sea la opción menos costosa de todas las posibles; y, en principio, lo será siempre que se consiga evitar el funcionamiento de todo el aparato jurisdiccional y siempre que se respete la legalidad - que se presume con la mera intervención del juez. En definitiva, se acepta que individualmente alguna de las partes sufra un perjuicio (bien porque no ha negociado adecuadamente o porque el juzgador ha errado en su apreciación), porque es posible que la “víctima” perciba antes una compensación y, sobre todo, porque la sociedad en su conjunto no carga con unos costes terciarios y además se mantiene la seguridad jurídica y el orden público.

### ***1.1.3.- La ejecución del fallo y los costes terciarios: la prestación por equivalencia y la prevención de mercado.***

Según la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y de 1912 así como el Libro Cuarto del CT<sup>26</sup>, toda prestación de hacer o no hacer debe traducirse en una prestación líquida<sup>31</sup>. Al margen del trasfondo ideológico liberal implícito en esta reforma, jurídicamente articulado entorno a la infungibilidad e incoercibilidad de la prestación del empresario<sup>32</sup>, la transformación de toda condena en la prestación por equivalencia supone, en términos de prevención primaria, una mutación en la forma de determinar el nivel de riesgo aceptable en una sociedad dada de extraordinaria relevancia.

El Derecho sustantivo, - el CC y el CT<sup>26</sup> (Libro Primero) - trata de prevenir la contingencia de la extinción injustificada del contrato por tiempo fijo, acudiendo a un método de decisión colectiva deficiente, irrogando unos costes administrativos elevados. En síntesis, aunque una de las partes esté dispuesta a pagar los daños derivados de la ruptura injustificada del contrato, colectivamente se decide que eso no es posible, trasladando la decisión a la parte afectada. En este modelo subyace la idea de que el principio de sujeción a los actos propios debe prevalecer sobre los intereses de una de las partes a extinguir anticipadamente sin justificación.

---

resulte un perjuicio económico del 25 % del importe de los derechos que reconoce la ley para el caso concreto”, en virtud del art. 1291.1º y 2º CC. **ALARCÓN Y HORCAS**. *Código del Trabajo*, Vol. II, *op. cit.*, p. 760.

<sup>31</sup> Arts. 27 (1908), 46 (1912) y 478 (1926).

<sup>32</sup> *Vid.* ampliamente **GORELLI HERNÁNDEZ**. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, *op. cit.*, p. 103 a 175 (especialmente, 111 a 117; y 159 a 162).

Sin embargo, conforme al Derecho procesal apuntado, toda obligación de hacer o no hacer tiene una traducción líquida, por lo que, dictado el fallo, el trabajador no tiene capacidad para exigir el cumplimiento de la prestación acordada. Por motivos de economía procesal, el empresario sólo es condenado a la prestación del *id quod interest*. Método que al sustituir una obligación de hacer por una de dar, facilita extraordinariamente la ejecución y, por lo tanto, se presume generadora de costes terciarios inferiores. En definitiva, en la posibilidad de cumplir por equivalencia subyace la idea de que, la ejecución específica conlleva unos costes que *en ningún caso* justificarían el perjuicio que se quiere evitar. Aunque ello pueda acarrear un perjuicio a la “víctima” si la compensación económica no es equivalente a la prestación *in natura*<sup>33</sup>. Lo que, por otra parte, contribuye a reducir los costes secundarios, pues, como se ha apuntado con anterioridad, posibilita una rehabilitación más rápida de la “víctima”.

La traducción de la condena en un equivalente económico provoca la mutación del sistema preventivo. A pesar de que el derecho sustantivo (arts. 1586 y 1124 CC) configura un sistema preventivo colectivo, el derecho procesal lo convierte en uno de mercado parcialmente intervenido. Es decir, la prohibición como modelo de prevención es sustituida por un sistema regido esencialmente por la lógica de la libertad individual. Extremo, sin duda, de una relevancia absoluta.

Si la prestación *in natura* es inejecutable, el débito indemnizatorio se convierte en una carga económica impuesta al ejercicio de una determinada actividad. Planteamiento contrario al que entiende que determinados comportamientos deben prohibirse porque no justifican los costes que ocasionan, y que defienden los arts. 1586 y 1124 CC y el Libro Primero del CT<sup>26</sup>. En cambio, el esquema preventivo que reproducen las normas procesales replantea esta concepción configurándola de un modo positivo: cualquier conducta es posible siempre que se

---

<sup>33</sup> En este sentido resulta muy interesante tratar de adaptar a este ámbito específico del Derecho del Trabajo la reflexión de PAZ-ARES relativa a la transformación de la prestación específica por la equivalente según el Teorema de COASE y los planteamientos de CALABRESI y MELAMED (*vid.* PAZ-ARES. *Principio de eficiencia y derecho privado*, *op. cit.*, nota 76, p. 2881 y 2882, 2860 a 2863; también POLINSKY. *Introducción al análisis económico del derecho*, *op. cit.*, p. 31 y ss.). En el supuesto de que el despido sea declarado injustificado, el trabajador tiene reconocido un derecho a ser readmitido – cumplimiento *in natura* (configurándose, por tanto, una *regla de propiedad*). Sin embargo, es probable que si el empresario ha extinguido el contrato sin causa no acepte la readmisión del trabajador (en definitiva, de sus actuaciones se desprende que está valorando más la extinción del contrato al cumplimiento del término). Sin duda, ante la pretensión del trabajador de ejercer su derecho y la negativa del empresario a satisfacerlo se incurran en elevados costes terciarios (esto es, costes de atribución o de distribución de derechos). Por lo tanto, lo más eficiente sería que se iniciara un proceso de negociación en virtud del cual, el empresario tratara de persuadir (“sobornar”) al trabajador para que aceptara una cantidad de dinero a cambio de ser readmitido. En principio, según el planteamiento de COASE, una vez asignados los derechos de propiedad y con costes de transacción relativamente bajos las partes estarían en condiciones de alcanzar la solución más eficiente. Sin embargo, como apunta PAZ-ARES, estos supuestos son calificados, en términos económicos, como un *monopolio bilateral*, y se caracterizan por el hecho de que existe una probabilidad elevada de que una de las partes utilice su posición de fuerza para “extorsionar” abiertamente o veladamente a la otra, haciendo ineficiente el intercambio. Pues bien, en tales circunstancias, los costes de transacción también son extraordinariamente altos. Es posible, que las negociaciones se alarguen y por lo tanto se vayan disipando una parte del fruto que las partes inicialmente esperaban obtener. Por este motivo, es preciso que un tercero (en este caso, el legislador) intervenga transformando la *regla de propiedad* (que obligaría al empresario a readmitir al trabajador a toda costa o que conduciría a una solución claramente perjudicial para el trabajador) en una *regla de responsabilidad*. De este modo, la ley transfiere al empresario el derecho al cumplimiento *in natura*, a cambio de una compensación adecuada, que vendrá dada por el importe de la indemnización.

abonen los costes que ocasiona. Se parte de la plena libertad como postulado fundamental y, por lo tanto, ninguna conducta queda sometida, *a priori*, a un juicio colectivo de idoneidad. Ya no se emite un mensaje prohibitivo, sino que el ordenamiento jurídico permite que el “ofensor” produzca un daño a su “víctima”, previo abono del precio (“soborno”) que se haya acordado.

Ya no se pretende erradicar un comportamiento sino limitarlo o restringirlo. El ordenamiento jurídico grava una determinada conducta, sin impedir que aquél que lo desee la ejecute. De modo que la continuidad del contrato está supeditada a una valoración económica o de utilidad del empresario: se despide, siempre y cuando el mantenimiento del trabajador en plantilla sea *más costoso o menos útil* que el pago de la indemnización.

El “precio de salida del contrato”, esto es, la cantidad mínima que debe abonarse para permitir la “agresión”, es lo que conforma la voluntad empresarial, y, en último término, fija el número de despidos sin causa en un sistema de relaciones laborales dado<sup>34</sup>. Es decir que el número de extinciones injustificadas socialmente aceptable pende de una valoración individual de costes y beneficios de una de las partes implicadas.

Sin embargo, no puede olvidarse que el método de decisión de mercado define un sistema de reducción de costes primarios. Es posible que el “agresor” se inhiba si el débito indemnizatorio es superior al beneficio que espera obtener con su conducta ilícita: la indemnización integra una carga represiva y, por tanto, una eficacia primaria notable<sup>35</sup>.

La intensidad con la que un individuo se inhibe depende del importe con el que se grave la ejecución de una conducta ilícita. Por lo tanto, llegados a este estadio, es fundamental analizar el método de determinación del precio del “soborno”. El método de decisión de mercado – recuérdese - parte de la base de que el individuo sabe mejor que nadie lo que le conviene y su voluntad debe prevalecer sobre cualquier otra consideración colectiva. Sin embargo, reiterando una idea ya expuesta con anterioridad, se parte de la premisa de que los

---

<sup>34</sup> Desde una perspectiva de prevención primaria, se define un sistema de despido causal que, como sostiene VALDÉS DAL-RÉ, “declina extraer las últimas consecuencias de la inexistencia de la causa, monetizando el derecho al trabajo”. VALDÉS DAL-RÉ. *Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado*, op. cit., p. 129.

<sup>35</sup> La influencia de la indemnización sobre el comportamiento de los individuos es dual. Por un lado, define un espacio de libertad, ajeno a cualquier control, pues el “ofensor” es absolutamente libre de hacer lo que le plazca, siempre que pague la indemnización acordada. Por otro lado, también define un umbral de inhibición, pues hay “ofensores” que no están dispuestos a sufragar los costes de sus acciones y se abstienen. En estos casos, los efectos de la indemnización son similares a los derivados de un sistema de prevención específica, garantizando un nivel de costes primarios determinado. Para aquellos agresores que se abstienen, la indemnización cumple una función de garantía, pues, de algún modo, salvaguarda el cumplimiento del término pactado, similar a como lo haría una prohibición. No obstante, la equiparación no es plena porque entre uno y otro caso media una diferencia sustancial: el sistema preventivo basado en el método de mercado parte de la premisa de que no puede prohibirse ninguna conducta. Por lo tanto, no puede garantizarse que el “ofensor” permanezca inactivo permanentemente, sino que cabe la posibilidad de que su mute su valoración. Si se decide prevenir una determinada contingencia mediante el método decisorio de mercado, el nivel de costes primarios depende del valor que subjetivamente le asignen a la posibilidad de extinguir el contrato sin causa. Esta apreciación, por lo tanto, está sujeta a un criterio variable en el tiempo. Por consiguiente, la incidencia de la indemnización como un mecanismo de garantía es muy relativo.

individuos no sólo son incapaces de saber lo que verdaderamente les conviene, sino que, además, son insensibles a las repercusiones que sus actos pueden tener sobre terceros.

Con el fin de soslayar este problema, las normas procesales tratan de monitorizar el sistema de determinación del precio de salida del contrato, delegando su concreción al juez<sup>36</sup>. La norma no tasa el importe ni tampoco fija parámetros para calcularlo, por lo que tiene plena libertad para evaluar las esferas de la “víctima” afectadas por el incumplimiento y para cuantificar los daños sufridos<sup>37</sup>. Desde una perspectiva preventiva, esta discrecionalidad es sinónima de disuasión, dado que es posible que el empresario se inhiba, al no poder prever anticipadamente el riesgo económico que conlleva su conducta. Sin embargo, si el importe máximo al que se le puede condenar no es muy elevado, el efecto disuasivo de la discrecionalidad se vaporiza. Si se tiene en cuenta que “el perjuicio para el patrono de una indemnización es insignificante al lado del que recibe el obrero cuyo medio de vida depende del salario”<sup>38</sup>, no parece que la libertad de valoración atribuida al juez conlleve una carga represiva significativa.

Por otra parte, si el precio de salida del contrato no está tasado (a diferencia de lo previsto, por ejemplo, para el servicio doméstico) puede afirmarse que, desde un punto de vista teórico, el modelo preventivo pretende reducir prioritariamente los costes secundarios (compensar antes que reprimir)<sup>39</sup>. De todos modos, no pueden obviarse los efectos represivos del débito indemnizatorio y, por tanto, primarios. El nivel de inhibición socialmente aceptado dependerá del importe medio de la prestación por equivalencia y de la indemnización de daños y perjuicios<sup>40</sup>. En este sentido, nada indica que esta circunstancia (el valor que la sociedad asigna a la posibilidad de extinguir el contrato arbitrariamente) constituyera una preocupación para la sociedad contemporánea (o, al menos, de la clase política y dirigente). El análisis del

---

<sup>36</sup> Como se sabe, la prestación por equivalencia no excluye la reclamación de daños y perjuicios. Sin embargo, a diferencia de la primera, la segunda, exige que quien los reclama demuestre efectivamente su existencia.

<sup>37</sup> Puede tener en cuenta el salario que ha dejado de percibir el trabajador, el tiempo de contrato que resta por cumplir, los problemas para encontrar un nuevo empleo en el sector, o en función de su edad o aptitudes, la situación de su familia, etc.

<sup>38</sup> **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>39</sup> **HOSTENCH** afirma al respecto que “el carácter ilegal del despido reside menos en el acto jurídico del propio despido que en las circunstancias funestas que lleva aparejado para el obrero despedido. De ahí que la Ley y la doctrina jurídica de interpretación hayan aceptado siempre que el hecho de la rescisión del daño para el obrero injustamente despedido como medio de precaverle durante un periodo necesario para hallar otro trabajo”. Es más, con posterioridad afirma que “la Ley que ampare al trabajador en casos de paro forzoso, entendemos ha de sustituir la función de Derecho del patrono, la de indemnización, por la de protección del Estado con el subsidio”. **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 59. Este último comentario contiene implícitamente una valoración prevención general, en la medida que se estima que si el Estado asume los costes secundarios derivados del desempleo, el empresario debe quedar liberado de la carga que se le imputa. Modelo que aunque puede ser factible, no parece ser el adecuado pues el agresor no recibe los impulsos necesarios del sistema como para inhibir un comportamiento que socialmente se estima inadecuado.

<sup>40</sup> Resulta muy difícil determinar el número de decisiones arbitrarias que está dispuesta a soportar una sociedad y, por consiguiente, la averiguación de la cuantía económica que permita alcanzar este propósito. Cabría la posibilidad de averiguar el valor que la sociedad atribuye a dicha facultad si se pudiera calcular la media de todos los resarcimientos patrimoniales decretados durante un periodo de tiempo. No obstante, la inexistencia de datos estadísticos al respecto impiden que se pueda, siquiera, alcanzar una valoración aproximada.

esfuerzo regulador desarrollado durante las tres primeras décadas del Siglo XX permite inducir cuáles eran sus inquietudes. Al respecto, se puede observar que la monitorización del precio de salida del contrato no constituye una de las prioridades legislativas. Confirma esta tesis el hecho de que el CT<sup>26</sup> omite por completo esta cuestión. En cambio, todo parece indicar que el interés se centra en introducir herramientas jurídicas que posibiliten el percibo de una compensación económica con celeridad. Garantizado el resarcimiento, no se valora si la compensación se adapta al daño sufrido o si es un desincentivo efectivo para alcanzar el número de extinciones arbitrarias socialmente aceptable<sup>41</sup>.

### ***1.2.- El contrato de trabajo de los ‘auxiliares del comerciante’ y ‘empleados domésticos’.***

En términos de reducción de costes primarios, el modelo jurídico de los auxiliares del comerciante y de los empleados del servicio doméstico resulta sumamente interesante. Aunque pueda resultar sorprendente (o, quizás, simplemente, denota la escasa evolución que ha sufrido el Derecho del Trabajo en este aspecto), el CCom y, en especial, el CC introducen un sistemas de reducción de costes primarios, secundarios y terciarios derivados de la extinción injustificada del contrato extraordinariamente avanzado, hasta el punto de que es la base del sistema vigente hoy en día. En las páginas que sigue, se tratará de justificar esta afirmación.

De todos modos, conviene tener presente que la contingencia que se quiere prevenir es, nuevamente, la extinción anticipada e injustificada de los contratos de duración determinada (arts. 1584 CC y 299 Ccom). Pero no es la única. En efecto, la estrategia preventiva difiere sensiblemente del modelo anterior, lo cual es lógico dada la importancia que la fiduciariadad

---

<sup>41</sup> Finalmente, conviene advertir que el sistema procesal desemboca en resultados perversos. Si la jurisprudencia se niega a admitir la responsabilidad por mora y el trabajador tiene la carga de la prueba, el sistema jurídico está incitando activamente al empresario infractor a la litigiosidad, con la esperanza de que o bien no se admita la demanda (por no quedar acreditada la duración del contrato y el jornal) o bien, si se admite, que el fallo le libere de su responsabilidad o se la disminuya. Lo cual incentiva la utilización de los órganos jurisdiccionales con una finalidad torticera, incrementando los costes terciarios. Con el propósito de disuadir este tipo de conductas se fijan varias normas. Si el juzgador aprecia “malicia o temeridad de algunos de los colitigantes” se puede imponer una “multa del 10 por 100 del interés del asunto, no pudiendo pasar de 500 pesetas” (art. 27 Ley Tribunales Industriales 1908). Además, tal y como apunta GALLART Y FOLCH, el incumplimiento de las reparaciones que por el despido condene un organismo paritario al empresario, pueden ser sancionadas penalmente (arts. 480.1º y 2º Código Penal 1870, respectivamente). GALLART Y FOLCH. *Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo*, op. cit., p. 177 y 178. Sanción prevista, asimismo, para los supuestos de ruptura del contrato *ante tempus* por parte del trabajador.

Posteriormente, la Ley de Tribunales Industriales de 1912 modifica el precepto, colocándolo en un artículo separado y fijando una multa entre 50 y 500 pesetas (art. 47). Al trasladarlo a otro precepto y al hacer referencia expresa al “veredicto”, se evita que la “malicia” o la “temeridad” a las que hacía referencia el precepto de 1908 se vincule al incumplimiento de la prestación de hacer fijada en el fallo. Con la nueva redacción, se clarifica que la “mala fe” o la “temeridad notoria” se refieren a la conducta desarrollada durante todo el proceso. El Código de Trabajo mantiene el criterio de 1912, aunque precisa que debe hacerse en metálico y que el destino de la sanción será el “propio de las multas de carácter social” (art. 479).

juega en estas relaciones contractuales. Desde un punto de vista jurídico, y a diferencia del régimen aplicable al resto de trabajadores, ante el incumplimiento del empresario, el trabajador no puede acudir a las todas vías que ofrece el art. 1124 CC: la intensidad del vínculo fiduciario impide que pueda reclamar el cumplimiento de la prestación, habilitándose solamente la vía del resarcimiento patrimonial<sup>42</sup>.

Desde un punto de vista preventivo, la restricción de las opciones de que dispone el trabajador (no puede reclamar el cumplimiento de la prestación específica) es una clara manifestación de una decisión adoptada conforme al método de prevención específica. En este caso y aunque pueda parecer paradójico, el empresario es el sujeto que se pretende proteger, aunque haya actuado ilícitamente al extinguir el contrato sin justificación.

La confianza, como elemento consustancial de estas relaciones contractuales, vertebra su regulación jurídica, repercutiendo intensamente, como no podría ser de otro modo, en la política preventiva. La norma jurídica es la proyección de un juicio colectivo, en virtud del cual se sostiene que la continuidad de la relación contractual resultaría sumamente perjudicial si se exigiese el cumplimiento de lo acordado, a pesar de que una de las partes ha manifestado abiertamente su disconformidad. En estos casos, podría pensarse que colectivamente se ha optado por esta solución porque el coste vinculado al cumplimiento del término pactado, en un negocio jurídico donde ha desaparecido la confianza, se estima superior al perjuicio sufrido por el trabajador al perder su empleo sin causa. Aunque, lo cierto es que esta explicación no resulta demasiado convincente.

Quizás, en la solución jurídica que proponen el CC y el CCom subyace una valoración de costes terciarios. Desde un punto de vista de economía procesal, resultaría sumamente costoso (y probablemente imposible) entrar a valorar si el fundamento que vertebra la relación contractual, esto es la confianza, ha sufrido algún tipo de agresión y, si así ha sido, en qué medida; y, finalmente, si ello justifica la continuidad de la relación o, por el contrario, debe entenderse extinguida. Parece que, ante la imposibilidad de averiguar estos aspectos, el ordenamiento jurídico opta por una solución pragmática: el cumplimiento del término no es posible. De esta forma se soslaya una cuestión tortuosa y alambicada pero, sobre todo, sumamente costosa.

---

<sup>42</sup> La STS 1 de mayo 1928 (núm. 96) declara que “atendida la naturaleza del vínculo en que se funda la relación de dependencia a que el mismo se refiere, para que sea absolutamente preciso que medie confianza mutua entre los contratantes, obligados a convivir en una constante seguridad de la lealtad y fidelidad recíprocas, está expresamente autorizado, como legítimo motivo para tener por terminado el contrato, no obstante que se pactara por tiempo determinado y antes de expirar éste, si ha mediado causa justa, y solamente si no mediar puede el sirviente pedir indemnización en la cuantía que el mismo precepto establece; porque sería altamente injusto y opuesto a las leyes de la moral que pudiera imponerse la continuidad de la convivencia, por rendir escrupuloso acatamiento a la duración estipulada, al contraer el vínculo, a personas entre las cuales hubieran surgido actos que precisamente determinan la ruptura de las leyes de lealtad y honradez, sin las cuales no fuera honesta la subsistencia de la confiada convivencia, circunstancia que es esencial y característica del servicio doméstico”.

Salvando esta diferencia, el sistema dirigido a prevenir la extinción anticipada de los contratos de duración determinada de los empleados domésticos y los auxiliares es muy parecido al “común”. El CCom y el art. 1584 CC circunscriben la responsabilidad del empresario a un mero resarcimiento patrimonial. Lo que define un *sistema preventivo definido por un marco de libertad de acción*, esto es, por el método de decisión del mercado. Fijado el precio, el empresario es libre para decidir lo que más le conviene, siempre y cuando, compense los daños que irroga, sin que la ley pueda doblegar su voluntad. El sistema jurídico se limita a encarecer una determinada conducta que socialmente se estima reprobable. Por tanto, el débito indemnizatorio actúa a modo de gravamen.

Ahora bien, es en el proceso de determinación del precio de salida del contrato de los empleados domésticos donde se aprecian las diferencias más importantes con respecto al resto de colectivos<sup>43</sup>. En efecto, el sistema previsto para el cálculo del perjuicio del “criado” resulta sumamente “novedoso”, dado que el resarcimiento económico está tasado en la propia norma jurídica (“indemnización de 15 días”, *ex* art. 1584 CC). Como trataremos de exponer, la importancia del planteamiento preventivo implícito en esta norma trascenderá más allá del período histórico que es objeto de análisis, pues, esta fórmula se “exportará” a los diversos sistemas normativos españoles que se sucederán en el tiempo. En este sentido, son varios los aspectos que conviene resaltar de este precepto (cinco).

1.- El sistema garantiza la rehabilitación inmediata del trabajador. Lo que, como se ha apuntado, supone una de las mejores formas de reducir los costes secundarios, siempre - conviene añadir - que la compensación se ajuste al daño padecido. En tanto que parece evidente que el sistema también aspira a reducir los costes primarios, la cuestión es si esta medida (el precio de salida colectivamente fijado) consigue alcanzar el nivel de disuasión que socialmente se estima como idóneo.

2.- El carácter tasado de la indemnización impide que la compensación se adapte a los perjuicios efectivamente sufridos por el trabajador. La despersonificación implícita en la naturaleza tasada de la indemnización desvincula el resarcimiento de la persona que efectivamente sufre el daño. La norma jurídica estandariza el perjuicio, previniendo de un modo uniforme el daño que “cualquier criado” sufre al ver extinguido el contrato sin justificación<sup>44</sup>. La norma no prevé ningún cauce que permita sopesar de forma particularizada

---

<sup>43</sup> Los Tribunales Industriales tienen competencia para conocer las pretensiones de los “aprendices ó dependientes de comercio”, quedando, sin embargo, excluidas “todas aquellas personas cuyos servicios sean de índole puramente doméstica” (art. 2). Criterio que permanece en la Ley de 1912 (art. 1) y en el Código de Trabajo de 1926 (art. 427). En cuanto a la determinación del importe, según HOSTENCH, ante la ausencia de prueba el resarcimiento normalmente quedaba reducido al importe del salario hasta el agotamiento del término acordado. **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 90 y 91.

<sup>44</sup> No obstante, no puede afirmarse categóricamente que la homogeneización del daño sea absoluta, dado que la cuantía no es fija, sino que su cómputo varía en función de una variable: el salario. De todos modos, a pesar de esta tímida aproximación a la realidad personal del afectado, en ningún caso se puede hablar de una verdadera individualización del perjuicio.

la situación de cada individuo, valorando los parámetros de su esfera personal afectados por la decisión arbitraria del “amo”. En suma, puede afirmarse que la sanción persigue prioritariamente un objetivo disuasorio (de prevención primaria), dejando en un segundo plano, la dimensión compensatoria<sup>45</sup>. Lógica que sigue rigiendo en la actualidad, a pesar de que algún sector doctrinal haya denunciado su inadecuación<sup>46</sup>.

3.- Este sistema permite al “amo” saber, desde un principio, el importe de la indemnización, esto es, el coste de su comportamiento ilícito. Por consiguiente, está en situación de valorar, *ex ante*, el riesgo de su decisión<sup>47</sup>. Si el “ofensor” puede calcular anticipadamente y con certeza el importe del resarcimiento patrimonial que debe abonar a la “víctima”, se vaporiza la carga disuasiva que el desconocimiento del importe del resarcimiento conlleva. Incrementándose, por contra, y de forma sustancial la seguridad (certeza) del mercado. Circunstancia que, sin lugar a dudas, introduce un elemento diferenciador sustancial con respecto al régimen jurídico común y al previsto para los auxiliares del comerciante. Tal y como se ha expuesto, en tales casos, el empresario desconoce, *ab initio*, qué porción de su patrimonio puede quedar afectada por su conducta ilícita, por lo que es probable que actúe con mayor cautela. En cambio, para los empleados domésticos, el conocimiento cierto del coste que conlleva la ejecución de comportamientos ilícitos permite sopesar los riesgos con precisión. La idoneidad de esta medida desde una perspectiva primaria dependerá de la adecuación de la cuantía de la indemnización. Aspecto que se analiza a continuación.

4.- Debe entenderse (aunque probablemente en la realidad no fuera exactamente así) que la cuantía de la indemnización determina la intensidad (cuantitativamente) con la que colectivamente se ha decidido que los “amos” extingan arbitrariamente el contrato de trabajo. Es decir, en las relaciones contractuales con los empleados domésticos, el número de extinciones sin causa socialmente aceptado viene definido por el importe colectivamente previsto. Se estima que, con una indemnización de 15 días de salario se conseguirá un nivel disuasivo determinado, provocando la inhibición socialmente aceptada. Conviene recordar que, a pesar de que el precio de salida del contrato haya sido establecido colectivamente, el número de extinciones injustificadas se desvincula de la esfera colectiva, trasladándose al ámbito personal del “ofensor” y, concretamente, a su valoración subjetiva. El principal problema que

---

<sup>45</sup> Extremo que, como se sabe, no obsta que cumpla una función resarcitoria (de prevención secundaria) aunque de un modo subsidiario.

<sup>46</sup> En efecto, la tasación cuantitativa de la indemnización fijada normativamente ha sido calificada por la doctrina laboral como “estrecha en sus determinaciones”. DE LA VILLA GIL. *Problemas de estabilidad en el empleo*, op. cit., p. 18. No cabe duda que un sistema de indemnización tasada tiende a alejar la compensación económica del daño sufrido. En este sentido, conviene resaltar que los sucesivos cambios legislativos operados en esta materia (introduciendo variables para el cálculo de la indemnización), lejos de ir dirigidos a mitigar este efecto, fundamentalmente han pretendido limitar la discrecionalidad del juzgador.

<sup>47</sup> Precisión que puede acercarse sin excesivos desfases a la cuantía cierta que finalmente deberá abonar, pues ateniéndonos a la doctrina jurisprudencial el peligro de incurrir en mora desaparece.



suscita este modelo preventivo es la averiguación de los criterios que han impulsado al Legislador a fijar esta cuantía y no otra.

Lo más probable es que el Legislador civil haya obviado toda dimensión primaria. Es decir, cuando se tasa el resarcimiento patrimonial en 15 días de salario, lo más probable es que no se esté pensando en el número de decisiones arbitrarias que se está habilitando ni tampoco en el perjuicio medio que se sufre. En cambio, es posible que cuando se fija este importe es porque se entiende que constituye una reserva económica suficiente como para subsistir mientras se busca un nuevo empleo (planteamiento que probablemente quedaría mejor encuadrado en la esfera de la prevención secundaria – aunque, desde un punto de vista estricto, tiene una estructura preventiva que responde a una lógica de prevención primaria).

Y, 5.- Derivado de lo anterior, es lógico pensar que este modelo de indemnización tasada no conlleve excesivos costes terciarios, porque la norma ofrece elementos suficientes como para que las partes gestionen individualmente este conflicto, sin necesidad de la intervención de un tercero. Es decir, si el empresario quiere extinguir el contrato caprichosamente le basta resolver extrajudicialmente el contrato, abonando la cantidad legalmente estipulada. La eficacia de esta solución, en términos preventivos, esta fuera de toda duda, especialmente si se tiene en cuenta que no exige elevados costes de administración (o terciarios).

El “criado doméstico” tiene derecho al percibo de una indemnización por el mero incumplimiento del contrato sin causa, sin necesidad de probar la existencia de un daño. Circunstancia que dota al proceso de una extraordinaria agilidad y ofrece importantes ventajas procesales al trabajador (ventajas que deben matizarse, si se atiende a la presunción de veracidad que establece el art. 1584 CC en favor del “amo”)<sup>48</sup>.

A pesar de que el derecho a un resarcimiento desvinculado de la prueba de la existencia de un daño, supone una reducción considerable de los costes terciarios, en contrapartida, conlleva el riesgo de atribuir costes y beneficios inmerecidos a las partes implicadas. Circunstancia que repercute negativamente en la correcta planificación de una política de prevención secundaria adecuada y de rebote en la primaria.

- De todos modos – recapitulando –, el procedimiento arbitrado por la sociedad para tutelar estos derechos es claramente insatisfactorio (y, por tanto, fuente de “infelicidad”). En efecto, para el caso de que tuviera que acudir a la solución judicial del conflicto, se articula un mecanismo claramente perjudicial para los intereses de los “criados”. Primero, tienen restringido el acceso a la jurisdicción especial, debiendo acudir a la civil; y, segundo, iniciado el procedimiento, se presume la veracidad de lo que alegue el “amo”. Todo ello reduce las

---

<sup>48</sup> Art. 1584 CC: “sobre el tanto del salario del sirviente doméstico” y “sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente”.

probabilidades de que los trabajadores reclamen y obtengan un fallo favorable. Por consiguiente, es muy posible que sobre el trabajador repercutan la mayor parte de los perjuicios derivados de la pérdida del empleo, porque es posible que no tenga acceso al amparo jurisdiccional; y, para el caso de que lo consiga, es probable que no perciba compensación alguna; y, si la recibe, que no sufrague los perjuicios sufridos (circunstancia agravada por la inexistencia de un sistema sustitutivo de la renta). En definitiva, es sumamente probable que el empresario extinga el contrato sin necesidad de justificar su decisión ni de abonar la cantidad legalmente estipulada, lo que elimina el sistema de prevención primaria articulado para este tipo de relación contractual.

## ***2.- Los contratos indefinidos y la prevención frente al desistimiento intempestivo.***

En cuanto al contrato indefinido, no puede hablarse propiamente de la existencia de un sistema preventivo de reducción de costes primarios derivados de la pérdida del empleo, ni mucho menos. Desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de esta institución<sup>49</sup>, si se identificara con una condición resolutoria, se estaría reconociendo la existencia de un pacto (tácito) entre las partes, esto es, una transacción. En definitiva, las partes reconocerían la posibilidad de desistir a cambio de una contraprestación (integrada en las propias prestaciones objeto del contrato - en este caso, el salario y la prestación de trabajo). Extremo que definiría un sistema de reducción primaria basado en el método de mercado, puesto que las partes habrían acordado tácitamente el precio de salida del contrato. Conforme a esta interpretación, se estaría reconociendo que el sistema extintivo de los contratos de duración indefinida integra mecanismos de estabilidad contractual.

Sin embargo, esta interpretación se aleja considerablemente de los postulados que configuran el régimen jurídico liberal. El desistimiento es la proyección de una determinada concepción *colectiva* de la libertad aplicada a las relaciones laborales sin tiempo fijo. Se estima que la libertad individual rechaza el trabajo a perpetuidad, por lo que, la pérdida del empleo no se identifica como una contingencia y, aunque así fuera, se calificaría de menor entidad que el riesgo a que contractualmente se limite dicha libertad. En cualquier caso, iría en contra de la teleología del desistimiento admitir que implícitamente integra la idea de la salvaguarda de la estabilidad contractual (y, por ende, de una cierta estabilidad en el empleo).

Por otra parte, no puede hablarse de condición tácita porque, propiamente, no existe un acuerdo. En consecuencia, lejos de calificarse como el resultado de un pacto *inter partes*, es la manifestación del propósito del Legislador (juicio colectivo) de evitar el riesgo del trabajo a

---

<sup>49</sup> *Vid.* al respecto *supra*.

perpetuidad y, por tanto, es una medida preventiva acordada conforme al método de prevención específica.

No obstante, conviene analizar las repercusiones preventivas implícitas en el plazo de preaviso. El fin de esta medida es atenuar alguno de los efectos de la extinción del contrato y, concretamente, su finalidad es reducir los perjuicios derivados de la extinción intempestiva. En determinados supuestos, el empresario asume la obligación de preavisar su decisión de extinguir el contrato, pudiendo sustituir la obligación principal por el pago de una indemnización. El fin de la indemnización es que el empresario cumpla con el preaviso, aunque no se lo exige, por lo que puede cumplir la prestación que mejor le convenga: pagar o esperar el plazo.

La prevención frente a la contingencia de las extinciones intempestivas, se articula a través del método de decisión de mercado, dado que no se prohíbe el desistimiento intempestivo, sino que simplemente se trata de desincentivar una determinada conducta, restringiéndola a través de la imposición de un gravamen. El empresario, y no un juicio colectivo, es el que decide si desea extinguir el contrato sin previo aviso. La indemnización por falta de preaviso es una *carga económica* a un determinado comportamiento que, por supuesto, no impide que el empresario que tenga buenas razones decida emprenderla.

En este contexto, el empresario evitará la extinción inmediata sólo si le resulta más económico que mantener trabajando al obrero durante el plazo de preaviso<sup>50</sup>. Por lo tanto, es la voluntad soberana del empresario la que decide la frecuencia con la que desistirá intempestivamente. En tal caso, será el mercado el que determine la intensidad de tales comportamientos y, en consecuencia, la importancia que los empresarios atribuyen a la facultad de desistimiento intempestivo.

Como se sabe, se trata de una protección que sólo tienen reconocida legalmente los auxiliares del comerciante, y que de forma desigual se aplica a otros colectivos de trabajadores en función de la costumbre, de los pactos colectivos o, incluso, del contrato de trabajo. Si el plazo de preaviso viene establecido en el contrato, se trata de una medida de prevención de mercado en sentido estricto. En cambio, si viene establecido por la ley (para los auxiliares del comerciante), por la costumbre o los pactos colectivos (para el resto), entonces, se trata de un sistema de prevención primaria mixto, esto es, de mercado pero intervenido colectivamente. Nuevamente, en el recurso a la prevención específica subyace la desconfianza de que el mercado sea el instrumento idóneo para establecer un nivel de desistimientos sin previo aviso adecuado. Es decir, la decisión colectiva, fijando un plazo de preaviso, se fundamenta en la

---

<sup>50</sup> Podría admitirse que la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso consigue el mantenimiento de la relación de trabajo, pero sólo durante el plazo de preaviso pactado. Lo cual configura una estabilidad contractual de extraordinaria debilidad porque el plazo suele ser breve y, en ningún caso, evita que el trabajador permanezca en una situación de inseguridad permanente puesto que el contrato puede extinguirse en cualquier momento.

convicción de que está en mejores condiciones que los particulares para determinar el nivel socialmente satisfactorio de desistimientos intempestivos.

En la medida que el importe de la sanción es constante (para los auxiliares, “el sueldo que se corresponda con esta mesada”), la finalidad del preaviso es la reducción del número de decisiones intempestivas y no la plena compensación de los daños que producen. Por consiguiente, este importe determina el grado que colectivamente se desea que se produzca este tipo de decisiones o hasta qué punto se desea corregir la conducta indeseable del empleador. Prevalece, por tanto, el objetivo disuasivo respecto del compensatorio. Por otra parte, el preaviso también aspira a que el trabajador tenga un plazo retribuido para buscar una nueva ocupación, facilitando el tránsito hacia el nuevo empleo.

En suma, el empresario no tiene estímulos que le persuadan a respetar la vigencia del contrato, por lo que, en los contratos de duración indefinida no existen mecanismos que traten de atenuar o reducir adecuadamente los costes primarios de la pérdida del empleo.

### ***3.- Recapitulación.***

Conforme al marco jurídico liberal, no puede hablarse de la existencia de un modelo de prevención primaria para reducir los costes derivados de la pérdida del empleo por extinción injustificada del contrato, porque se entiende que el sistema civil de contratos y obligaciones no es una herramienta apropiada para mitigar esta contingencia. Muestra indudable de ello, es la regulación jurídica de la extinción de los contratos de duración indefinida. El desistimiento, lejos de constituir una cláusula pactada por las partes (condición resolutoria) y, por tanto, parte de un proceso negociador dirigido a mitigar el riesgo a la ruptura del contrato, es un mecanismo dirigido exclusivamente a evitar el trabajo a perpetuidad. En los casos en los que el pacto de preaviso sea exigible, se pretende evitar las extinciones intempestivas, tratando de facilitar el tránsito hacia un nuevo empleo.

En relación a los contratos de duración determinada tampoco puede hablarse de la existencia de medidas dirigidas a prevenir la contingencia de la pérdida del empleo. No obstante, el propósito de evitar las extinciones anticipadas sin justificación repercute indirectamente en la reducción de los costes primarios. Por tanto, en la medida que el derecho sustantivo aspira a garantizar el cumplimiento de lo pactado, se puede afirmar que se alcanza una cierta estabilidad en el trabajo.

El sistema que promueve el Derecho común opta por fijar (mediante el método colectivo o específico) un sistema para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, esto es la estabilidad contractual. Conforme al Código Civil, la imposibilidad de que el

“ofensor” pueda conocer anticipadamente si su conducta es subsumible en el supuesto de hecho y la certeza de la sanción aplicable si es declarada ilícita, deberían, en principio, disuadirlo de realizar comportamientos caprichosos o arbitrarios. La mora y la posibilidad de que la contraparte exija el cumplimiento de lo acordado, aspiran a evitar este tipo de comportamientos.

Desde la perspectiva de la reducción de costes primarios, este modelo preventivo, en principio, debería ser extraordinariamente eficaz. Aunque desde un punto de vista de costes secundarios y terciarios es sumamente costoso. En la medida que todo el régimen jurídico está impregnado del temor al excesivo intervencionismo del Estado, las acciones normativas son excesivamente tímidas. Circunstancia que delega en los órganos jurisdiccionales el control de la salvaguarda de la seguridad jurídica, traduciéndose en un incremento de los costes terciarios, pero también secundarios. Sin embargo, se observa que el régimen común no es demasiado adecuado cuando se trata de relaciones contractuales entre empresario y trabajador. A partir de esta constatación, se aúnan esfuerzos para atenuar los efectos propios del sistema liberal: la jurisprudencia y la doctrina no aceptan la mora del empresario y, legislativamente, a través del derecho procesal, se facilita sobremanera que toda obligación de hacer se pueda transformar en una obligación de dar (prestación por equivalencia). Las facilidades para percibir una compensación (lo que mejora la prevención secundaria) se hacen a costa de una disminución sustancial de la misma (redundando en perjuicio de la prevención primaria). Solución que muta radicalmente el modelo preventivo, rigiéndose, desde entonces, conforme a las reglas del mercado. Así, se vaporiza la prevención específica y, por consiguiente, el sistema normativo opta por reprimir los comportamientos arbitrarios sobre la base de valoraciones de mercado. A partir de ahora, el control de los comportamientos caprichosos pende de una decisión empresarial fundada en una valoración subjetiva de costes y beneficios, sin que nadie pueda interferir o desviar la voluntad del “agresor”. El papel de los órganos jurisdiccionales al respecto es fundamental dado que, ante el silencio normativo, son los encargados de fijar discrecionalmente el *precio de salida del contrato*. A pesar de las reticencias del aparato jurisdiccional al reconocimiento de la causa obrera, el modelo, desde un punto de vista *primario*, puede calificarse como relativamente exitoso, porque el desconocimiento, *a priori*, del importe del resarcimiento económico es un estímulo disuasivo poderoso.

No obstante, el esquema jurídico-procesal configura un modelo preventivo perverso, pues, permite que el empresario utilice los órganos jurisdiccionales (especialmente proclives a la causa empresarial) para obtener un fallo beneficioso para sus intereses, sin que ello repercuta en su esfera de riesgo. Lo que, lejos de motivar una reducción de los costes terciarios, tiende, por contra, a incrementarlos extraordinariamente a la espera de la obtención de una resolución favorable. No obstante, el contenido de los arts. 27 y 47 de la Ley de Tribunales Industriales de

1908 y 1912 respectivamente, tratan de evitar esta dinámica. La traducción económica de toda obligación de hacer tiene una repercusión sumamente relevante, pues, el modelo permite la extinción injustificada del contrato siempre que se abone la indemnización y, además, facilita la pronta compensación a cambio de un importe menor (lo que libera al empresario de asumir la totalidad de los costes derivados de su comportamiento ilícito).

Paralelamente a este régimen jurídico, común para todos los contratos de duración determinada, sobresale la regulación prevista los auxiliares del comerciante y, los mal calificados, “criados domésticos”. Desde un punto de vista de prevención primaria, la importancia de régimen previsto para estos colectivos estriba fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, debido a la carga fiduciaria de este tipo de contratos, el derecho sustantivo restringe la facultad del trabajador a reclamar el cumplimiento de lo acordado. Y, en segundo lugar, y sólo para los empleados domésticos, se establece un sistema de resarcimiento tasado, sin necesidad de probar la existencia del daño (facilitando la solución extrajudicial del conflicto)<sup>51</sup>.

La repercusión de estos aspectos en la evolución posterior del sistema de prevención primaria del Derecho del Trabajo español está fuera de toda duda. Desde un punto de vista de prevención primaria, el régimen jurídico de este colectivo de trabajadores define un sistema de mercado intervenido colectivamente. A diferencia del régimen común, cimentado sobre la intensa participación de los órganos jurisdiccionales, el papel de la prevención colectiva aumenta sustancialmente porque circunscribe las opciones de la “víctima” a la compensación económica y, sobre todo, se fija anticipadamente la cuantía. Desde el punto de vista de los costes secundarios, facilita la inmediata compensación, pero a costa de la posibilidad de individualizar el daño. Lo que conlleva el riesgo de atribuir costes y beneficios inmerecidos a las partes implicadas, normalmente, en perjuicio del “criado”. Lo que se traduce en un incentivo a extinguir sin causa, por no soportar – internalizar – los costes derivados de sus decisiones. Desde un punto de vista de costes terciarios, las ventajas del modelo son evidentes, pues permite la autogestión del conflicto sin necesidad de intervención de un tercero. Lo cual repercute directamente sobre la prevención primaria, dado que el “agresor” está en disposición de conocer con antelación y con absoluta certeza el riesgo que conlleva su conducta ilícita. A partir de esta construcción preventiva, la única duda que queda por dilucidar es si, la cuantía colectivamente determinada produce el nivel disuasivo suficiente como para alcanzar el número de extinciones contractuales injustificadas socialmente aceptable. Cuestión que parecía tener la conformación generalizada de la sociedad (o al menos de sus clases dirigentes) dada la prolongada vigencia del modelo.

---

<sup>51</sup> Extremo que identifica al resarcimiento como la prestación por equivalencia y que, además, pone de manifiesto la imposibilidad de que el empleado doméstico pueda reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

## ***II.- El Real Decreto 22 de julio 1928 y la reafirmación del modelo preventivo liberal frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo.***

Desde un punto de vista normativo, la reforma de 1928 introduce una serie de cambios que tenuemente ponen en entredicho algunos aspectos de la lógica liberal, pero sin afectar a sus fundamentos esenciales – como se ha analizado. Estas modificaciones, en sí mismas, no suponen una ruptura conceptual con la lógica imperante, dado que no contradicen ninguno de los postulados sobre los que se asienta el modelo de relaciones laborales vigente. El individualismo y la temporalidad permanecen como los axiomas fundamentales y el Decreto no aspira a sustituirlos, sino simplemente a *limar* alguna de las asperezas que generan. En esencia, la reforma *simplemente* tiene por objeto la atenuación de algunos desajustes derivados del funcionamiento de la lógica del Derecho común, sin que ello modifique o trastoque su estructura y planteamiento sustancial.

No obstante, la perspectiva que ofrece el análisis histórico permite constatar que el Decreto fija las directrices sobre las que se asentará la evolución posterior del Derecho del Trabajo español, iniciando la transición hacia un nuevo paradigma jurídico para las relaciones de trabajo. Sistema vertebrado entorno a dos principios fundamentales: fortalecimiento de la intervención del Estado y la estabilidad en el empleo.

Desde un punto de vista preventivo, la reforma tampoco conlleva cambios sustanciales. Si los postulados liberales permanecen incólumes, es lógico pensar que en términos preventivos, la acción normativa vaya dirigida a evitar la misma contingencia que antaño, esto es, la extinción anticipada e injustificada de los contratos de duración determinada. En la medida que no se modifica el régimen extintivo de los contratos de duración indefinida, nos remitimos a lo expuesto con anterioridad. Por este motivo, este apartado se ciñe al estudio del sistema preventivo previsto para los contratos por tiempo fijo, prestando especial interés en el régimen jurídico de la readmisión (así como la posibilidad de cumplir por equivalente) – (1.-); y a la responsabilidad por mora del empresario (2.-).

### ***1.- Incidencia de la readmisión en la configuración del modelo preventivo liberal.***

Si se realizara un análisis superficial del Decreto de 1928, se podría llegar a la conclusión que, en líneas generales, opera un cambio radical en la política preventiva, pues, el despido sin causa obliga al empresario, *ex lege*, a la readmisión. Conviene recordar que la prevención colectiva y la prevención específica son procesos decisorios que determinan la

idoneidad de una conducta en relación con un determinado riesgo: se prohíbe o bien se permite un nivel de actividad determinado en función de los riesgos que quiera asumir una sociedad o de los costes que esté dispuesta a sufragar por permitir la ejecución de determinadas conductas.

De algún modo, el mensaje implícito en la reforma es que el Legislador desconfía que las partes, *motu proprio*, respeten lo acordado (especialmente, el empresario). Por lo que, en aras a tutelar un principio jurídico-público (la seguridad del mercado), la Ley reacciona imperativamente frente a determinados comportamientos jurídicamente reprobables. Norma que, sin lugar a dudas, contiene una *regla de inalienabilidad* (por tanto, de prevención específica absoluta), pues, no sólo prohíbe y sanciona un determinado comportamiento, sino que, además, aspira a restituir la situación al estado originario, imponiéndose el criterio “público” – del Estado - al que pudieran tener las partes (paternalismo).

A partir de estos parámetros podría afirmarse que la política preventiva vigente antes de la reforma de 1928 sufre un giro copernicano. La condena a la readmisión significa la imposición del criterio colectivo sobre el individual. No sólo se restringe el ámbito de actuación del “ofensor”, sino que la “víctima” también sufre una importante intromisión heterónoma en su esfera de decisión. En efecto, la determinación acerca de lo que más le conviene viene establecida por la Ley y queda fuera de su esfera de control (sólo tiene la potestad de decidir si reclama o no). Por lo que, en un primer nivel de análisis, todo parece indicar que el Legislador apuesta firmemente por imponer una política preventiva conforme al método de decisión colectivo, en sustitución del de mercado (parcialmente intervenido) vigente hasta la fecha.

Sin embargo, como se sabe, la reforma no se limita a reforzar la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación acordada, sino que, por motivos de economía procesal (costes terciarios), cabe la posibilidad de no cumplir la obligación específica, pudiendo sustituirla por la prestación del *id quod interest*. El sentido pragmático de esta medida, al igual que sus antecedentes, repercute profundamente en el modelo preventivo, alterando sustancialmente el sentido de la apreciación inicial apuntada; o, de otro modo, dejando las cosas tal y como estaban.

Si la readmisión es sustituible con el pago de una indemnización no puede hablarse de la existencia de una regla de inalienabilidad (colectivo), sino que sigue persistiendo un modelo basado en reglas de responsabilidad inspirado en la prevención general (de mercado), parcialmente intervenido. Por consiguiente, todo sigue igual. La libertad de acción sigue erigiéndose como el axioma indiscutible del sistema de prevención primaria. El empresario sigue estando facultado para extinguir el contrato, aunque su decisión esté motivada por la mayor de las arbitrariedades, siempre y cuando, claro está, abone la cantidad estipulada legalmente. Desde el instante que no puede exigirse el cumplimiento específico de la



obligación, el sistema preventivo de reducción primaria sigue supeditado a la suma de un conjunto de valoraciones económicas subjetivas.

No obstante, el papel de la prevención específica no desaparece por completo, pues colectivamente se monitorizan ciertos aspectos trascendentales. Al igual que antaño, la determinación del precio del “soborno” no queda supeditada a lo que libremente decidan las partes, sino que la Ley fija su cuantía mínima y máxima. Es en este extremo donde operan los cambios más importantes y donde la reforma de 1928 es trascendente desde un punto de vista preventivo. Por un lado, se rectifica la doctrina jurisprudencial contraria a declarar la mora del empresario; y, por otro, se reforma por completo el régimen jurídico de la indemnización, inspirándose en el régimen previsto para los empleados domésticos.

A continuación se analizará pormenorizadamente estos dos cambios. Aunque con carácter previo conviene realizar dos puntualizaciones.

Primera, conviene no confundir el análisis jurídico con el preventivo, dado que, a pesar de estar estrechamente interrelacionados, operan en órbitas distintas y conforme a una lógica de funcionamiento diversa. Es decir, el hecho de que la decisión del empresario se traduzca, en último término, en el abono de una cantidad económica, no implica, ni mucho menos, que jurídicamente no opere la lógica de la resolución por incumplimiento. Conviene no olvidar que todo el sistema se vertebra sobre la causalidad del despido y que la facultad de desistimiento no está legalmente reconocida en los contratos de duración determinada.

Segunda, la posibilidad de cumplir por equivalencia es una proyección jurídica del método decisorio de mercado. La doctrina laboral tiende a identificar el cumplimiento de la prestación por equivalencia con la existencia de *estabilidad obligacional*<sup>52</sup>. Sin embargo, a nuestro modo de ver, como hemos expuesto con anterioridad, el resarcimiento económico por la no readmisión no es incompatible con el concepto de *estabilidad real*. Concepto que generalmente se identifica con los supuestos en los que, declarada la extinción del contrato injustificada, la opción entre readmitir o indemnizar corresponde al trabajador o bien se impone la readmisión forzosa. No obstante, entendemos que el cumplimiento de la prestación por equivalencia no es sinónimo, en todo caso, de una *estabilidad obligacional*, sino que también puede hablarse de *estabilidad real* a pesar de que el empresario esté obligado al resarcimiento económico. Tal y como se ha apuntado, el método de mercado define simultáneamente un espacio de operatividad pero, sobre todo, uno de inhibición, dado que en determinados supuestos el coste económico puede ser un argumento lo suficientemente poderoso como para retraer determinados comportamientos de potenciales “ofensores”. Por lo tanto, determinados sujetos

---

<sup>52</sup> Concretamente, se afirma que “el régimen de garantías establecido por estas normas desemboca ahora en una opción realizada libremente por el empresario entre readmitir o pagar dicha indemnización. A partir de este momento se fijan los rasgos peculiares del sistema español de protección de la estabilidad, que no se traduce en una auténtica estabilidad real, sino en un sistema de estabilidad obligatoria”. **MONEREO PÉREZ** y **MORENO VIDA**. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*, op. cit., p. 202.

se abstendrán de actuar por entender que el coste económico que se deriva de la no readmisión es excesivamente elevado<sup>53</sup>. En definitiva, como apunta MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS, en estas situaciones se observa como se trata simplemente de un problema vinculado al “coste de oportunidad empresarial de la decisión extintiva”<sup>54</sup>. Por ello, a pesar del carácter líquido de la obligación, puede afirmarse que existe un espacio de *estabilidad real*. En otras palabras - utilizando la terminología de la doctrina laboral -, entendemos que *la monetarización de la no readmisión no es siempre sinónima de estabilidad obligacional*. En la medida que la fijación de un “precio de salida del contrato” es susceptible de inhibir el comportamiento del ofensor, compeliéndole a la readmisión (por serle menos costosa), se está definiendo una franja de *estabilidad real*. Aunque con unas características particulares, dado que tiene carácter subjetivo y es variable en el tiempo<sup>55</sup>.

Lo cual, no deja de ser lógico si se tiene en cuenta que, como se sabe, el sistema de prevención de mercado aspira a mitigar los costes primarios derivados de la pérdida del empleo. Este efecto puede observarse con mayor claridad si el importe de la indemnización por no readmisión fuera astronómico<sup>56</sup>. En tal caso, a pesar del carácter líquido de la obligación *in natura*, lo más probable es que los empresarios optaran por cumplir el término del contrato. En este supuesto sería absurdo defender el carácter *obligacional* de la estabilidad por el hecho de que se ha cuantificado el incumplimiento de la prestación *in natura*, sino que propiamente debería hablarse de un sistema que al configurar la alternativa a la readmisión como una opción económicamente inasequible, definiría un modelo de *estabilidad real*.

Por lo tanto, sin llegar al extremo del ejemplo propuesto, el carácter *real* u *obligacional* de la estabilidad, en un sistema de prevención de mercado colectivamente intervenido no depende del hecho haya una monetarización de la prestación *in natura*, sino que está directamente ligado al importe que se fije (de su cuantificación) y de la valoración subjetiva que individualmente realice cada “ofensor” respecto a las utilidades que le reportan la acción o bien la inhibición. Si se quisiera compeler al empresario a cumplir la prestación específica, bastaría con incrementar

---

<sup>53</sup> En términos similares, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER. *Derecho del trabajo y crisis económica*, *op. cit.*, p. 254.

<sup>54</sup> MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>55</sup> Idea que, de algún modo, subyace en el posicionamiento de BAYÓN CHACÓN cuando, hablando de la posibilidad de sustituir el despido sin causa por una indemnización, afirma que “la garantía del trabajador contra la arbitrariedad del empresario no radica, en el fondo, en la regulación de las causas tanto como en el elevado costo de las indemnizaciones”. BAYÓN CHACÓN. *El despido, concepto y clases, significación jurídica y social*, *op. cit.*, p. 23. Por ello, aunque el empresario siempre esté legalmente facultado para cumplir por equivalente es posible que la imposición de una obligación económica muy gravosa convierta en inasequible esa posibilidad. GARRIGUES GIMÉNEZ, GASCÓ VIDAL y DE VICENTE PACHÉS. *Aproximaciones a la incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación del despido disciplinario*, *op. cit.*, p. 308. *Vid.* también, CREMADES. *Las prestaciones por paro debido a la reconversión de industrias y crisis de trabajo en el VIII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo*, *op. cit.*, p. 988; y SAGARDOY BENGOCHEA y GIL Y GIL. *De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un análisis crítico de la evolución del Derecho del Trabajo*. En “Reforma laboral y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente”. CGPJ, Madrid 1996, p. 59.

<sup>56</sup> En efecto, una sanción suficientemente alta conduce a una probabilidad cero de desvío con respecto a la conducta deseada, es decir, consigue que nadie se desvíe. MAS-COLLEL. *L'anàlisi econòmica i el Dret*, *op. cit.*, p. 82.

la compensación económica por la no readmisión hasta el importe que le obligara a descartar la extinción contractual por serle menos rentable.

Por tanto, entendemos que la tendencia de la doctrina laboral a identificar la prestación por equivalencia con el concepto de *estabilidad obligacional* no es demasiado precisa. Como se acaba de exponer, la mera sanción económica derivada de la no readmisión siempre que inhiba al “ofensor” a extinguir el contrato definitivamente estará definiendo un espacio de *estabilidad real*.

### ***1.1.- Efectos preventivos de la responsabilidad por mora del empresario.***

Como se sabe, la doctrina jurisprudencial rechazaba la posibilidad de que el empresario pudiera incurrir en mora, por entender que ello derivaba en un enriquecimiento injusto del trabajador. Con el fin de rectificar esta interpretación, la reforma de 1928 le obliga expresamente al abono de los salarios de tramitación. Esta regulación constituye una de las novedades legislativas más importantes, aunque no conviene dimensionar este hecho en exceso, dado que esta regulación se limita a reafirmar la aplicabilidad de la lógica del Derecho común al ámbito de las relaciones laborales.

Esta medida implica un avance considerable en dos ámbitos preventivos: reprime decisiones arbitrarias (costes primarios), asegura una compensación adecuada al trabajador por su inactividad (costes secundarios) y desincentiva la litigiosidad (costes terciarios). La condena al abono de los salarios de tramitación encarece considerablemente el despido sin causa, lo que les convierte en una medida primaria de origen colectivo sumamente eficaz. No cabe duda que para el empresario el coste económico es considerable porque, paralelamente a su importe monetario, debe añadirse el valor económico de la fuerza de trabajo pagada y no utilizada.

Por otra parte, la mora del empresario, además, neutraliza el efecto perverso que generaba el modelo jurídico anterior que, recuérdese, incentivaba la litigación a la espera de una solución favorable, sin que ello acarrearra coste alguno<sup>57</sup>.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que su cuantía exacta no puede saberse de antemano dado que depende de factores externos: o la fecha de recolocación del trabajador o 48 horas después de la del fallo de la sentencia. Esta naturaleza incierta del importe definitivo de la condena por mora, le asigna una carga disuasiva nada desdeñable. Si bien es cierto que la tasación de la indemnización permite al empresario sospesar el coste de su decisión extintiva anticipadamente, el importe de los salarios de tramitación es un gravamen cuya cuantificación

---

<sup>57</sup> Salvo que se apreciara “la malicia o temeridad de algunos de los colitigantes” (art. 27 Ley Tribunales Industriales 1908).

exacta es difícil de prever. Además, es posible que su cuantía resulte mayor que la de la indemnización por despido sin causa. Por consiguiente, en principio, disuadirá la adopción de decisiones extintivas sin fundamento o bien, en el caso de que acontezcan, fomentará la resolución de los conflictos con celeridad (extrajudicialmente o bien durante la conciliación).

Sin embargo, este desconocimiento no sólo inhibe conductas arbitrarias, claramente subsumibles en el supuesto de hecho del despido injusto, sino que también puede afectar a decisiones extintivas calificables como justificadas. La imposibilidad de cuantificar anticipadamente el importe de la condena por mora, relativiza cualquier previsión de costes que integre el riesgo de que el Comité Paritario no aprecie la legalidad del despido. El temor a que la cuantía de los salarios de tramitación pueda ser superior al importe de la indemnización, puede persuadir al empresario inseguro de la licitud de su decisión a inhibirse y dejar transcurrir el tiempo hasta el advenimiento del término.

La modificación del régimen jurídico de los salarios de tramitación en 1929 (TRDLOCN), limitando su cuantía aspira a limar esta incertidumbre. El fin de este cambio normativo es aliviar la carga de debe soportar el empresario por su comportamiento ilícito y, sobre todo, ofrecer mecanismos que permitan valorar con precisión los riesgos<sup>58</sup>. Sin duda, la limitación cuantitativa de la responsabilidad por mora del empresario reduce notablemente el efecto disuasivo descrito. A partir de este instante, el empresario puede valorar anticipadamente y con precisión el riesgo de que se declare injustificado el despido. Puede cuantificar el importe máximo de la indemnización por despido sin causa y el de los salarios de tramitación.

Sin embargo, una vez iniciado el proceso, es lógico pensar que la limitación de la responsabilidad por mora suscite un incremento de los costes judiciales (terciarios), pues, constituye un fuerte incentivo a continuar litigando – recurriendo -, con la esperanza de obtener un fallo favorable<sup>59</sup>.

Por lo tanto, esta limitación cuantitativa suscita el incremento injustificado de los costes terciarios y, sobre todo, limita sin justificación una compensación a la que tienen derecho los trabajadores (por tanto, dificulta que el empresario acabe internalizando los costes de su conducta ilícita). En suma, en términos de prevención general, la limitación del importe de la condena por mora es desaconsejable, porque existe el riesgo de que el trabajador asuma una

---

<sup>58</sup> Recuérdese, 22 días como máximo, *ex* Orden 25 de noviembre 1930.

<sup>59</sup> En términos similares, **MONTERO AROCA**. *Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Segunda: los Comités Paritarios y los Jurados Mixtos*. RT, nº 54-55, 2º y 3º Trimestre de 1976, nota 95, p. 68. De acuerdo con el art. 481 CdT<sup>26</sup>, “cuando se trate de una sentencia condenatoria al pago de cantidad por cualquiera de los conceptos a que se refiere el presente título, será indispensable la consignación, ante el Juzgado correspondiente, de dicha cantidad, sin cuyo requisito será firme la sentencia”.

parte sustancial de los costes secundarios y, puede desembocar en un incremento de la litigiosidad<sup>60</sup>.

### ***1.2.- La posibilidad de cumplir por equivalente y la prevención de mercado.***

El Decreto reconoce al empresario la facultad de no cumplir la obligación *in natura*, siempre y cuando asuma el cumplimiento de la equivalente. Si la obligación específica es inejecutable, el resarcimiento patrimonial se traduce en una carga económica impuesta al ejercicio de una determinada actividad. De este modo, se articulan herramientas legales para que sortee el cumplimiento específico de la obligación (la regla de inalienabilidad)

A pesar de que la reforma de 1928 no quiebra la inercia preventiva instaurada a partir de la promulgación de la Ley de Tribunales Industriales de 1908, sí modifica aspectos sustanciales del sistema de reducción de los costes primarios previsto para los trabajadores por cuenta ajena (“obreros”). Destacando especialmente la intervención del método de prevención específica en el proceso de determinación del precio de salida del contrato.

El modelo anterior, caracterizado por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, se apoyaba intensamente en la intervención de los órganos jurisdiccionales para valorar el importe del perjuicio. En cambio, en 1928, se intensifica la intervención de la prevención específica en perjuicio de los órganos jurisdiccionales. El Legislador, con el objeto de limitar la discrecionalidad del órgano paritario, garantizar su imparcialidad y reducir costes terciarios, decide tasar el importe de la indemnización.

Las similitudes existentes entre el modelo preventivo de reducción primaria de los empleados domésticos y el que se instaura a partir de 1928 son claras. Ambos sistemas preventivos se articulan a partir de las siguientes coordenadas: limitación de las acciones ejercitables por el sujeto “agredido” y tasación normativa del resarcimiento económico. Sin perjuicio de lo expuesto con ocasión de los empleados domésticos, conviene trasladar a esta fase del estudio ciertos aspectos relevantes ya apuntados. En primer lugar, la determinación colectiva del importe del “soborno” es un sistema de control indirecto del número de extinciones arbitrarias que una sociedad está dispuesta a admitir<sup>61</sup>. En definitiva, la Ley fija el valor que colectivamente se atribuye al empleo, esto es, el precio que la sociedad estima adecuado para mantenerlo. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, desde el instante que

---

<sup>60</sup> Lo que no significa que el establecimiento de fórmulas que repartan la responsabilidad entre diversos sujetos sea inadecuada desde un punto de vista preventivo (por ejemplo, art. 57 TRET, que, como se sabe, no limita su cuantía).

<sup>61</sup> En el instante que se interviene sobre el cálculo del resarcimiento, limitándolo, se está delimitando la el número de despidos sin causa que colectivamente se estima aceptable. La indemnización, al fijar una barrera económica que grava la ejecución de un determinado comportamiento, define un nivel de disuasión y delimita la intensidad del desincentivo, con la finalidad de inducir al empresario a alterar su comportamiento.

colectivamente se interviene en la determinación del perjuicio sufrido por la “víctima” (estandarización del perjuicio), debe asumirse que el sistema se alejará de sus necesidades individuales: se despersonaliza el resarcimiento económico del perjuicio que efectivamente se ha padecido (afectando a los costes secundarios, por exceso o por defecto; y repercutiendo, consiguientemente, en la dimensión primaria). Y, en tercer lugar, derivado de lo expuesto, puede afirmarse que la finalidad de la indemnización es prioritariamente disuasiva. Es decir, pretende incidir más sobre la reducción de los costes primarios que sobre los secundarios: el débito indemnizatorio aspira más a reprimir más que resarcir.

La reforma de 1928 predetermina “el precio de salida del contrato”, limitando sustancialmente las funciones del juzgador. En síntesis, se fijan cuatro reglas para la determinación del resarcimiento: Primera: no se permite que el trabajador reclame una indemnización de daños y perjuicios ante los órganos corporativos. Segunda: se describen diversos parámetros objetivos que el juzgador debe tener en cuenta para evaluar el perjuicio sufrido por la “víctima”. Tercera: se fija el importe mínimo y máximo que puede alcanzar la indemnización. Y cuarta: el débito indemnizatorio desaparece si el trabajador se recoloca.

### ***1.2.1.- Las dificultades para reclamar una indemnización de daños y perjuicios y su incidencia en la prevención de las extinciones arbitrarias.***

Conforme al procedimiento establecido en 1928 en la Ley de Organización Corporativa Nacional, y a diferencia de lo previsto ante la jurisdicción civil y los Tribunales Industriales, el trabajador no puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la extinción injustificada del contrato de trabajo. La repercusión de este tratamiento jurídico en la esfera preventiva primaria está fuera de toda duda. La carga económica que potencialmente debe soportar el empresario queda notablemente reducida, con lo que se reducen ostensiblemente los estímulos disuasivos. Por otra parte, desde un punto de vista secundario, es evidente que se restringen las posibilidades para que el trabajador reciba una compensación adecuada al perjuicio sufrido – cargando, por tanto, con una parte importante de los daños.

### ***1.2.2.- La valoración del perjuicio.***

Una de las novedades del Decreto de 22 de julio 1928 consiste en la descripción detallada de un conjunto de parámetros objetivos con el fin de “orientar” al Presidente del

Comité en la valoración de los perjuicios (art. 17.7. 2º)<sup>62</sup>. Esta medida cumple dos funciones desde un punto de vista preventivo. En primer lugar, simplifica el proceso judicial, pues, permite sortear la fase probatoria (reduciendo los costes administrativos). En segundo lugar, aspira a monitorizar la acción del Presidente del Comité.

Desde el instante que se conceden funciones jurisdiccionales a los órganos corporativos, uno de los objetivos del Legislador de 1928 es atenuar su parcialidad y discrecionalidad. Recuérdese que una de las razones que justifica la utilización del método de decisión colectiva es que las partes no están en condiciones de saber lo que más les conviene, porque se estima que carecen de la información suficiente para realizar una ajustada valoración de los perjuicios que sus decisiones pueden acarrear. Pues bien, si colectivamente se decide que un tercero debe ser el encargado de fijar el “precio de salida del contrato” es porque, en principio, se estima que éste dispone de la información que precisamente carecen las partes o bien puede obtenerla de un modo más eficiente (menos costoso).

Sin embargo, esto no sucede en el ámbito jurisdiccional, dado que los elementos y datos sobre los que se funda la valoración del Presidente provienen, paradójicamente, de la información suministrada por las partes (que han sido descartadas del proceso de negociación por carecer de la información suficiente). La situación es más compleja, si cabe, dado que las partes no están obligadas a aportar dicha información, porque no se solicita una indemnización de daños y perjuicios. Anteriormente, al analizar los costes terciarios del sistema preventivo “común” previsto en los arts. 1586 y 1124 CC, la Ley de Tribunales Industriales y el CT<sup>26</sup>, a pesar de constatar las mismas deficiencias informativas, se ha justificado la intervención judicial, a pesar de los perjuicios que pueda irrogar, porque la sociedad considera que queda garantizada la seguridad jurídica y el orden público. Sin embargo, el Legislador de 1928 no está seguro de que los órganos corporativos salvaguarden satisfactoriamente estos principios (por otra parte, téngase presente que no se trata de órganos profesionalizados).

Pues bien, para recortar los poderes del Presidente del Comité (en clave política) o para evitar los desajustes (costes) derivados de decisiones judiciales fundadas en informaciones erróneas o incompletas (en clave preventiva), la Ley fija los parámetros para concretar el importe de la indemnización. A diferencia del modelo previsto para los empleados domésticos, la intervención colectiva no fija directamente el valor del daño, sino que, una vez fijados el tope máximo y mínimo, se limita a identificar las dimensiones que potencialmente pueden quedar afectadas por la ruptura injustificada del contrato. El objetivo es evitar decisiones judiciales excesivamente dispares que confieran al sistema jurisdiccional corporativo de altas dosis de inseguridad.

---

<sup>62</sup> Recuérdese: el tiempo de prestación de los servicios, las cargas familiares del trabajador y la facilidad para colocarse nuevamente en su oficio o profesión (art. 17.7 2º DLOCN).

La pregunta que subyace en este sistema es si el Presidente está constreñido a acatar lo previsto en la norma o bien está facultado para tener en cuenta otros parámetros. En definitiva, lo que debe averiguarse es hasta dónde llega su discrecionalidad. Si se acude a una interpretación literal, podría aceptarse un amplio margen de discrecionalidad, pues, el precepto termina con una cláusula de cierre abierta (“y todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado”, art. 17.7.2º DLOCN). Sin embargo, entendemos que la valoración está condicionada a la naturaleza de la obligación y a la finalidad teleológica del Decreto<sup>63</sup>. Si se aceptara esta interpretación se estaría soslayando lo que precisamente pretende garantizar la norma, es decir, la monitorización de la acción jurisdiccional de los Comités Paritarios. De todos modos, a pesar de este esfuerzo normativo, en último término no es posible controlar las motivaciones que efectivamente determinan el fallo del juzgador<sup>64</sup>.

### **1.2.3.- La limitación cuantitativa de la compensación económica.**

La indemnización está sujeta a unos límites cuantitativos, concretamente, oscila entre los 15 días y los tres meses de salario. La finalidad principal de la tasación es restringir la discrecionalidad del juez y otorgar mayor “seguridad jurídica” a este particular mercado de daños. Circunstancia que, como se sabe, puede provocar que determinados costes no sean compensados y se imputen beneficios injustificados<sup>65</sup>.

En el contexto, son trasladables las apreciaciones de RODRÍGUEZ-PIÑERO cuando afirma que la finalidad de la indemnización “sirve para coaccionar”<sup>66</sup>. Aunque, como ya se ha

---

<sup>63</sup> A nuestro modo de ver, la interpretación de esta cláusula de cierre está delimitada por el contenido de las pautas que establece el propio precepto (si no fuera así, el listado resultaría innecesario). Por lo tanto, el juzgador no puede entrar a valorar otros aspectos que no estén vinculados con las categorías dirigidas a resarcir la pérdida de empleo y de renta. Corroborando esta opinión, RODRÍGUEZ-PIÑERO sostiene que “(...) 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 el dominio de lo reglado y son por ello controlables en vía de recurso”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 75.

<sup>64</sup> Aspecto que posteriormente trata de monitorizar el art. 66.10º TRDLOCN, al exigir que en el fallo el Presidente del Comité haga constar “la relación de los hechos objeto de la demanda, la prueba practicada, el resultado de ésta que se manifiesta por la transcripción íntegra del veredicto, y los fundamentos, así de orden jurídico como los de orden ético o de conciencia, con vistas a las circunstancias que puedan apreciarse” [la cursiva es nuestra].

<sup>65</sup> En cuanto a los daños potenciales que pueden derivarse de la extinción injustificada del contrato de trabajo, más allá de la pérdida del salario y de las dificultades para hallar uno nuevo, *vid.* **BAYÓN CHACÓN.** *Significado económico y social del despido.* En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969, p. 35 a 37.

<sup>66</sup> **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER.** *El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928*, op. cit., p. 73 y 76. En este sentido, es sintomática la indemnización prevista para el caso del despido de un Vocal del Comité Paritario. La finalidad de la norma no es la compensación del Vocal por el mayor perjuicio sufrido, sino la voluntad de implantar un determinado órgano corporativo y la necesidad de articular mecanismos que desincentiven el despido de los trabajadores participantes en su creación o participación. Refuerza esta interpretación el hecho de que la indemnización establecida por despido injustificado de un Vocal motivado por



apuntado, conviene matizar que sólo relativamente, pues si bien define un espacio en el que algunos individuos se inhibirán, la perdurabilidad de este estado de pasividad es relativo, pues depende de una valoración subjetiva del “agresor”. No puede garantizarse que un “agresor” que haya valorado la inhibición como la opción menos gravosa, por entender que el precio atribuido a la extinción arbitraria era excesivo, mantenga invariablemente esta opinión. Nada obsta que, con posterioridad, cambie su criterio y estime que el despido sin causa (con la consiguiente responsabilidad por mora y el débito indemnizatorio) le reporta mayores ventajas que la abstención y el consiguiente cumplimiento del término pactado.

Como ya se ha apuntado, la tasación legal de la indemnización permite al infractor conocer, anticipadamente, el riesgo implícito en su conducta. Lo cual, en las situaciones claramente arbitrarias – que son las que prioritariamente se pretenden evitar –, supone un incentivo a litigar con la esperanza que el aparato judicial reduzca el coste esperado (incrementando los costes terciarios). Aunque los salarios de tramitación, a pesar de los problemas que suscita su limitación cuantitativa, son un mecanismo muy eficaz para desincentivar este tipo de conductas.

La cuestión fundamental que subyace en este modelo preventivo de mercado colectivamente intervenido, es si el importe máximo (tres meses) y mínimo (15 días) de la indemnización alcanza las previsiones o los objetivos previstos. Es decir, si se consigue un número de extinciones arbitrarias socialmente aceptable. Un sector de la doctrina contemporánea estima que tres meses de salario como máximo es una indemnización considerable, si se tiene en cuenta que la costumbre y los Códigos establecen cuantías que oscilan entre una semana, una quincena o un mes de salario<sup>67</sup>. De hecho, se sostiene que la reforma del art. 17 DLOCN debería haberse acompañado de la promulgación de una ley contra el paro forzoso, porque el derecho al cobro de una indemnización por el despido pudo provocar la penuria económica de la industria hasta el extremo producir la imposibilidad material del trabajo, y con ella, el sostenimiento de la mano de obra<sup>68</sup>. En definitiva, lo que se reclama es un sistema que socialice los costes secundarios (fraccionamiento total o de “buena bolsa”).

Presumiblemente, en comparación con el modelo precedente, este incremento supuso un encarecimiento notable de la facultad de despedir arbitrariamente y, por consiguiente, debió provocar una disminución del número de extinciones arbitrarias. De todos modos, es probable que el Legislador o bien considerara que la cuantía seguía siendo excesivamente baja o bien que no disuadía lo suficiente a los empleadores, porque el art. 53 LJM’31 duplicó el importe

---

una represalia, debe destinarse a la financiación del Comité Paritario y no a resarcir los perjuicios sufridos por el trabajador (art. 17.8.2º DLOCN).

<sup>67</sup> **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 136.

<sup>68</sup> **HOSTENCH.** *El derecho del despido en el contrato de trabajo, op. cit.*, p. 142 y 143.

máximo, quedando establecido en 6 meses. Aunque lo cierto es que por aquel entonces el problema del desempleo se hallaba en una fase aguda y el objetivo principal del Legislador era mantener el empleo de las personas ocupadas a toda costa.

#### ***1.2.4.- La recolocación del trabajador injustamente despedido.***

La recolocación del trabajador repercute intensamente en la política preventiva de reducción de costes primarios descrita, aunque conviene advertir, de un modo negativo. Todo el modelo preventivo descrito se vertebra sobre la certeza de una sanción económica prevista en la norma. No obstante, el empresario queda eximido (salvo de la responsabilidad por mora que se devengue) si el trabajador se recoloca. Por consiguiente, todo el mecanismo preventivo se viene abajo porque el empresario a pesar de actuar ilícitamente no sufre perjuicio alguno.

Si el trabajador actúa diligentemente (desde una perspectiva de política de empleo), el empresario no está obligado ni a la readmisión ni al abono de la indemnización, a pesar de haber actuado de un modo socialmente reprochable. El diseño de este sistema define un período de latencia en virtud del cual el trabajador debe permanecer laboralmente inactivo si quiere ser compensado. Pero no sólo eso, dado que el efecto disuasivo de la norma y, por tanto, de todo el sistema de prevención primaria, depende exclusivamente de su pasividad.

Aunque las posibilidades del trabajador de permanecer inactivo son exiguas, pues, carece de seguro de paro y su capacidad de ahorro es, con toda probabilidad, débil. Por consiguiente, las probabilidades de que acepte una oferta de empleo se incrementan con el paso del tiempo<sup>69</sup>. Este sistema legal induce al empresario a dilatar al máximo el proceso judicial (generando costes terciarios), pues así aumentan las posibilidades de que se produzca la recolocación y, con ella, quede eximido de responsabilidad. La ausencia de una sanción conlleva la desaparición de estímulos disuasivos, *debilitando* el modelo preventivo primario. Desde la perspectiva de los costes secundarios, es claro que la recolocación no es suficiente para compensar la totalidad de costes secundarios derivados de la extinción injustificada del contrato<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Problema que se agrava si el nivel de desempleo es muy elevado, pues, si la oferta de empleo supera a la demanda, el trabajador tendrá más incentivos para aceptar inmediatamente un empleo. Aunque también es cierto que es probable que, en este escenario, el periodo medio de espera para la recolocación aumente, por lo que es posible que, en el momento de la resolución judicial, el trabajador aun no se haya recolocado.

<sup>70</sup> Por ejemplo, siguiendo la exposición de DE LA CUEVA, no se tiene en cuenta el daño moral derivado de la “consideración de que la parte de la vida que se ha entregado a una Empresa no crea ninguna seguridad, circunstancia que no se compensa con una indemnización eventual; además la pérdida irreparable del empleo, frecuentemente superior al de ingreso, pérdida que no es fácil sustituir de inmediato; por último, el renacimiento del temor al presente y al futuro, la pérdida de confianza en la vida”. DE LA CUEVA. *La estabilidad en el empleo*. RPS, nº 70, p. 22.

En suma, este sistema jurídico describe una política preventiva contradictoria dado que si bien incrementa sustancialmente el importe máximo de la indemnización, paralelamente, también prevé vías para que pueda ser soslayado.

## **2.- Recapitulación.**

Desde un punto de vista sustantivo, el Decreto 22 de julio 1928 no modifica el régimen jurídico de la extinción arbitraria del contrato de trabajo. El mantenimiento de los postulados liberales es evidente, desde el instante que se mantiene la distinción entre los contratos de duración determinada y de duración indefinida establecida en el Código Civil. La perpetua temporalidad del vínculo queda garantizada a través del desistimiento y del término.

Desde un punto de vista preventivo, la reforma de la Ley de Organización Corporativa Nacional no altera la lógica de mercado colectivamente intervenida fijada por las normas precedentes. En los contratos de duración indefinida, el desempleo no es un riesgo que deba prevenirse mediante el derecho de los contratos y obligaciones, por lo que no existe norma alguna dirigida a evitar los perjuicios derivados de esta contingencia (salvo las dirigida a paliar su carácter intempestivo).

En los contratos de duración determinada, en coherencia con lo apuntado, la pérdida del empleo tampoco se concibe como una contingencia que deba resolver el derecho de los contratos y de las obligaciones, sino que lo que la principal finalidad del sistema es prevenir los comportamientos contrarios a los actos propios. Bajo estas coordenadas, la estabilidad en el empleo es un objetivo secundario, implícito indirectamente en la prevención de la arbitrariedad.

Siguiendo las directrices de los sistemas legales precedentes, aunque el derecho sustantivo tiende a la configuración de una regla de inalienabilidad, las normas procesales desvían la lógica preventiva hacia reglas de responsabilidad, en las que predomina el método de mercado, aunque parcialmente intervenido. La posibilidad de cumplir la prestación por equivalencia, *ex lege*, por el mero transcurso de 48 horas, supedita la prevención de la arbitrariedad sobre dos coordenadas: el precio de salida colectivamente tasado y especificado por el órgano jurisdiccional, por un lado; y la valoración subjetiva (coste de oportunidad) del empresario, por otro. Siguiendo la lógica prevista para los empleados domésticos, *ex art. 1584 CC*, la sujeción al término pactado (esto es, el cumplimiento de lo acordado), en último término, depende de un análisis de utilidad subjetivo, integrado por dos variables: el coste del resarcimiento y el coste del cumplimiento del término. El carácter tasado de la compensación evidencia la prioridad del sistema por la dimensión primaria. En suma, la idoneidad de este modelo preventivo depende de que el precio del “soborno” colectivamente especificado

alcance el número de extinciones arbitrarias socialmente aceptado. Paralelamente, desde un punto de vista secundario, es bastante probable que la posibilidad de percibir una compensación con celeridad condene al trabajador a la infracompensación, repercutiendo negativamente en la prevención primaria. Llegados a este estadio, es fácil observar las similitudes con el sistema preventivo que rige en el actual régimen jurídico de la responsabilidad por extinción injustificada del contrato.

Por otra parte, el silencio legal respecto de la responsabilidad por riesgo, libera al empresario de los costes derivados de los riesgos por él creados, condenando al trabajador a asumir la totalidad de los perjuicios derivados de la pérdida de su empleo.

En suma, de lo expuesto parece destilarse sin excesiva dificultad muchos de los planteamientos preventivos que rigen en el modelo actual frente a la extinción injustificada del contrato.

## ***B.- La II República y las medidas preventivas dirigidas a la protección del empleo.***

La incidencia de la acción legislativa de la II República desde un punto de vista preventivo es extraordinaria. No sólo supone una consolidación de la lógica instaurada por sus precedentes, sino que se produce un avance sustancial en la prevención del riesgo a perder el empleo. Además, se incrementa el número de medidas dirigidas a prevenir la ineficacia sobrevenida del contrato y, también, su complejidad técnica. En este sentido, la experiencia en la regulación de los accidentes de trabajo tiene una influencia muy destacable.

En lo relativo a la prevención frente a la extinción arbitraria del contrato de trabajo, si bien es cierto que su ámbito de aplicación se extiende a la totalidad de los contratos, con independencia de la duración pactada, desde la perspectiva preventiva, el régimen jurídico de la II República no aporta cambios destacables, limitándose a incorporar algunas medidas dirigidas a pulir algunos aspectos controvertidos.

En cuanto a las novedades, conviene destacar fundamentalmente dos. Primera, se supera la lógica de la responsabilidad subjetiva del empresario. Y, segunda, en determinados supuestos se establecen *reglas de inalienabilidad*, esto es, se impide el juego transaccional entre las partes contratantes. Al respecto, dos son los mecanismos previstos en la legislación republicana. Por un lado, se exige la autorización previa para extinguir determinados contratos; y, por otro lado, se declara la readmisión obligatoria del trabajador ante determinadas actuaciones ilícitas del empresario. La importancia de estas novedades trasciende de este período histórico, pues, siguen aplicándose en la actualidad.

Aspectos todos ellos que serán analizados a continuación.

### ***I.- Las reglas de responsabilidad durante la II República.***

#### ***1.- La responsabilidad subjetiva: novedades con respecto al sistema preventivo liberal.***

La legislación republicana consolida el sistema de prevención de mercado parcialmente intervenido previsto para los contratos de duración determinada, pues, se extiende a todos los contratos con independencia de su duración.

Una novedad muy importante es la relativa a la especificación de los motivos que justifican la resolución del contrato. Una de las carencias del modelo anterior radicaba en las dificultades de las partes contractuales (y especialmente del empresario) para conocer anticipadamente si su decisión podía subsumirse o no en el concepto de 'justa causa'. Aunque la LCT<sup>31</sup> no ofrezca un nivel de certeza absoluto al respecto, es evidente que la especificación de las causas constituye una mejora sustancial que contribuye a superar los problemas de

información existentes con el modelo anterior. De todos modos, el papel de los órganos jurisdiccionales al respecto va a seguir siendo muy importante. Al igual que en el modelo de 1928, la certeza de la sanción (al menos el importe máximo) que pueda recaer sobre el empresario para el caso de que su decisión se califique como ilícita, disipa de forma sustancial los efectos disuasivos provocados por la incertidumbre respecto a lo que el Legislador estima que es lícito o ilícito. A no ser - como se observará -, que el derecho de opción corresponda al trabajador.

Otra de las novedades es que ya no es preciso que transcurra un plazo de 48 horas para que la prestación específica se convierta en una prestación por equivalente. El empresario, conocedor de la ilicitud de su conducta, está en condiciones de elegir la opción que le resulte más provechosa (la extinción indemnizada o la readmisión). Al igual que en 1928, el objetivo perseguido por esta reforma es la voluntad de simplificar el proceso, esto es, reducir los costes terciarios. Por otra parte, aunque esta medida contribuye a agilizar la compensación del trabajador, no puede afirmarse (como sucede en la conciliación o bien en el caso del servicio doméstico) que ello tenga una contribución destacable en la reducción de los costes secundarios, pues, para que la rehabilitación sea efectiva se exige la consumación del trámite judicial. A fin de cuentas, por tanto, esta modificación no altera el funcionamiento de la mecánica preventiva prevista a partir de la reforma de 1928.

Conociendo el importe máximo de la sanción potencial (esto es, el peor de los escenarios posibles), si el derecho de opción corresponde al empresario, la conservación del negocio jurídico sigue dependiendo del precio de salida y del coste de oportunidad de la decisión extintiva. Tasada la compensación, la posibilidad de actuar arbitrariamente se convierte en una actividad sometida a un precio, evidenciando al mismo tiempo que la finalidad prioritaria del modelo es la prevención primaria hasta el nivel socialmente aceptado (relegando a un segundo plano la secundaria). En este caso, en comparación con el modelo anterior, el incremento de los límites de la indemnización (15 días y seis meses de jornal – art. 53 LJM'31)<sup>71</sup> se erige, sin duda, en un poderoso elemento que contribuye a intensificar la estabilidad en el empleo. Tal y como se ha apuntado, a medida que se incrementa el importe de la indemnización por despido injustificado se incrementan las posibilidades de alcanzar un estadio de estabilidad real. Paralelamente, es una muestra evidente que el modelo anterior propiciaba situaciones de infracomensación y que no transmitía un mensaje lo suficientemente disuasivo como para inhibir al empresario de la adopción de conductas ilícitas hasta el nivel socialmente deseado. De todos modos, la limitación de los salarios de tramitación (hasta 24 días) así como la interpretación del art. 52 LJM'31 que aboga por impedir que el trabajador perciba la indemnización legal si se ha recolocado (en consonancia con el régimen jurídico anterior) se

---

<sup>71</sup> Recuérdese que conforme al art. 17.7 DLOCN el límite máximo era de tres meses.

van a erigir en un poderoso aliado del empresario para seguir litigando a la espera de la obtención de un fallo favorable. En este sentido, a pesar del incremento del importe de la indemnización, al igual que en la lógica instaurada por la reforma de 1928, la arbitrariedad empresarial sigue ostentando un generoso ámbito de juego.

Si el derecho de opción corresponde al trabajador el escenario cambia radicalmente. En estas situaciones, el principal problema del empresario consistirá en averiguar anticipadamente si su conducta es lícita o ilícita. Y, lo más seguro es que es esfuerzo de especificación de la LCT<sup>31</sup> le resulte insuficiente. En esta ocasión, es el trabajador el que tiene que decidir si se deja “sobornar” y padecer la agresión o prefiere no sufrir daño alguno. Por consiguiente, la conservación del negocio jurídico sigue supeditándose al coste de oportunidad de la decisión de continuar o no, pero en esta ocasión del trabajador. No obstante, desde un punto de vista preventivo, la lógica operativa es la misma que en el caso de que la opción corresponda al empresario, pues, el Legislador se limita a fijar el precio de salida del contrato, sin impedir que haya una transacción. Teniendo en cuenta que la compensación económica tiende a infracompensarle, es bastante probable que acabe escogiendo la continuación en su empleo - y con mayor probabilidad para el caso de que se trate de un contrato indefinido. En este escenario, si se toma en consideración que el contenido de la norma no ofrece una información lo suficientemente precisa para poder asegurar con carácter anticipado y sin margen de error cuál va a ser el sentido de la decisión judicial, lo más probable es que el empresario tenderá a resolver el contrato en las situaciones en las que la verificación del incumplimiento imputable no ofrezca apenas dudas. En definitiva, se procederá a una disminución sustancial de las actuaciones empresariales arbitrarias, lo que a la postre se traducirá en un fortalecimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores. Aunque no pueda manifestar su potencialidad al completo, pues, la limitación de los salarios de tramitación mitiga sustancialmente este efecto disuasivo.

Por otra parte, en estos casos, ante la decisión extintiva empresarial, la tendencia del trabajador será o bien tratar de forzar en conciliación un pacto al alza o bien alargar el proceso a fin de que se reconozca que el empresario ha actuado ilícitamente.

En cuanto al trámite obligatorio de la celebración de la conciliación con carácter previo al juicio (art. 32 LJM<sup>31</sup>) evidencia, de nuevo, el intento del Legislador de reducir los costes terciarios mediante el uso de fórmulas transaccionales (prevención de mercado). Según la legislación republicana, el Presidente del Jurado tiene la función de informar a los litigantes acerca de los derechos que pueden corresponderles y proponiendo toda clase de fórmulas transaccionales. En definitiva, de nuevo, el temor a la existencia de elevados costes terciarios, acaba neutralizando los intentos del Legislador de superar los defectos del método de mercado. Lo curioso del caso, es que las partes están facultadas para llegar a cualquier acuerdo, sin que se

le exija (al menos, de forma expresa) controlar si de lo logrado se deriva lesión *grave* para alguna de las partes (como establecía el art. 459 CT<sup>76</sup>).

## ***2.- La responsabilidad objetiva y el fraccionamiento de los daños por extinción del contrato.***

Un aspecto de notable trascendencia es el relativo al reconocimiento de la responsabilidad objetiva del empresario. A medida que el progreso tecnológico se asienta, se plantea la necesidad de revisar el modelo de responsabilidad por culpa existente, especialmente en ámbitos “social y políticamente sensibles”. Y, la regulación de la responsabilidad en los accidentes de trabajo se erige en el ejemplo paradigmático y el referente al respecto<sup>72</sup>. Esta reacción dará lugar a la crisis del principio “no hay responsabilidad sin culpa”, quedando desplazado por el sistema de la responsabilidad objetiva. En efecto, frente a la lógica liberal decimonónica, la LAT<sup>73</sup>1900 marca la senda de la ruptura del sistema de responsabilidad subjetiva, al establecer un sistema de responsabilidad objetiva<sup>73</sup>. Así, el art. 2 establece que “patrono responsable por “los accidentes de sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen”, aunque reconociendo ciertas causas exoneratorias de responsabilidad, como la fuerza mayor<sup>74</sup>. A cambio, los empresarios consiguieron limitar la reparación (dando lugar a lo que la doctrina ha denominado como *principio de inmunidad*<sup>75</sup>).

---

<sup>72</sup> Cfr. **LORENTE** y **GARRIGA**. *Certeza jurídica vs. justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español*, *op. cit.*, p. 65 y 66.

<sup>73</sup> Un análisis de la normativa anterior a 1900 en **DE LA VILLA GIL**. *La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000, p. 3 y ss.

<sup>74</sup> En virtud de la Ley Dato, la responsabilidad empresarial por accidente “tiene carácter objetivo pero no valor absoluto. Se admiten algunos hechos impeditivos o exoneradores de esa responsabilidad, en particular la fuerza mayor, la cual no viene entendida como ausencia de falta del empleador sino, en sentido objetivo, como concurrencia de una causa extraña e inevitable que interrumpe el nexo de causalidad entre el trabajo y el accidente”. **MERCADER UGUINA**. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 68. Además, el Tribunal Supremo (STS 21 de octubre 1903) admitirá la posibilidad de exonerar al empresario en los supuestos de accidentes “provocados por actos del trabajador ‘no precisos y extraños’, o sea por ‘culpa notoria’ del obrero”. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo*. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED, Madrid 2000, p. 363 y 364.

Además, es importante tener en cuenta que la Ley de 1900 crea la institución del recargo por falta de medidas de seguridad. En concreto el art. 5.5 dispone lo siguiente: “las indemnizaciones determinadas por esta ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyas máquinas y artefactos carezcan de los aparatos de precaución”. Y, el Reglamento dictado en desarrollo de la Ley de 1900 reproduce (art. 64) literalmente los términos del art. 5.5 citado. Una sucinta exposición de la evolución histórica del recargo en la legislación española en, **SEMPERE NAVARRO** y **MARTÍN JIMÉNEZ**. *El recargo de prestaciones*. Aranzadi. Pamplona, 2001, p. 23 a 27; y **MERCADER UGUINA**, *op. cit.*, p. 137 y ss.

<sup>75</sup> **DESDENTADO BONETE**. *Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes*, *op. cit.* (versión digital), p. 2; y **MERCADER UGUINA**. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 164 y ss. Como sintetiza el último autor citado: “las acciones civiles de reparación sólo puede ejercitarse si se fundan en ‘hechos no comprendidos en las disposiciones de la presente ley’ (art. 16) y las acciones por accidentes en las que concurra responsabilidad criminal mantienen su independencia (art. 17), pero las indemnizaciones que se reconozcan por esa vía no se acumulan a las previstas por la ley, que sólo operan cuando se acuerde el sobreseimiento o la absolución



Como apunta BISBAL MÉNDEZ, la extensión de la responsabilidad objetiva se planteó como una necesidad para superar el individualismo decimonónico. En aras a justificar la imputación de todos los daños producidos sobre el causante se abogaba por la utilización de criterios tales como “la riqueza obliga” o bien “caridad cristiana”<sup>76</sup>. La finalidad de la responsabilidad objetiva es, por tanto, garantizar el resarcimiento de las víctimas a toda costa, esto es, “corregir las consecuencias distributivas del sistema de la culpa, imputando a los causantes los daños producidos en los accidentes inevitables, con el fin de asegurar el resarcimiento de las víctimas”<sup>77</sup>. De todos modos, en lo relativo a los accidentes de trabajo, con el tiempo se constata que este sistema no resulta muy convincente dado que siguen identificándose espacios de inimputabilidad (como se ha apuntado, riesgos derivados de fuerza mayor)<sup>78</sup>. La aceptación de la *teoría del riesgo* pretende superar este escollo, relegando a un plano secundario la búsqueda de responsabilidades<sup>79</sup>. Siguiendo la exposición de MERCADER UGUINA, “el riesgo se asienta en una concepción de la causalidad como origen de un efecto únicamente probable. La relación de causalidad no es en este contexto una derivación de las relaciones necesarias entre cosas y situaciones, sino una relación inductivamente construida a partir del desarrollo de una actividad dentro de una esfera de peligro”<sup>80</sup>. La cuestión entonces reside en averiguar quién es el titular del riesgo, esto es, qué patrimonio debe soportar la contingencia vinculada a una determinada actividad. Así, en el ámbito de la actividad económica organizada, el titular del riesgo no es otro que el titular del beneficio: esto es, el empresario<sup>81</sup>. El criterio de la responsabilidad objetiva por riesgo, por tanto, supone la aceptación de la existencia de un riesgo, como algo “desgraciadamente banal y previsible”, entrando “dentro de los cálculos de

---

en el proceso penal (art. 18). Así pues, el legislador concede dos tipos de acciones para la reclamación del daño empresarial que resultan alternativas y subsidiarias entre sí, esto es, potencialmente concurrentes en el tiempo pero no acumulables, al excluirse mutuamente. La acción civil derivada del delito y la acción laboral derivada del accidente de trabajo. Su no acumulabilidad deriva del hecho de que la responsabilidad objetiva derivada del accidente de trabajo y a cargo del empleador o del ente asegurador es siempre subsidiaria de segundo grado y en defecto de responsabilidad subjetiva derivada del delito”. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, p. 165.

<sup>76</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 94; *Vid.* también LORENTE y GARRIGA. *Certeza jurídica vs. justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español*, *op. cit.*, p. 64 y 65; y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 361.

<sup>77</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 362 a 364; y MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>79</sup> La doctrina civil ha destacado las diferencias existentes entre el concepto de responsabilidad por riesgo y el de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es más próxima al concepto “arcaico y anacrónico de responsabilidad por el resultado”. En cambio, la responsabilidad por riesgo “presupone en su base y en sus consecuencias una actuación voluntaria”. Por este motivo, se afirma, “no puede decirse que esta responsabilidad sea objetiva, pues la voluntad es su motor, que al producir consecuencias nocivas dentro de la esfera de riesgos del responsable para los derechos ajenos, ha actuado en forma anormal, con desprecio de esos derechos que deben ser respetados”. SANTOS BRIZ. *Art. 1902*, *op. cit.*, p. 435 y 436.

<sup>80</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>81</sup> BISBAL MÉNDEZ. *La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso*, *op. cit.*, p. 95 y 96.

producción de la empresa”<sup>82</sup>, por lo que el perjuicio “debe imputarse al empresario y sólo a él puesto que él es quien, al organizar su empresa, ha dado lugar al riesgo; él es, asimismo, quien saca beneficio de la producción”<sup>83</sup>. En suma, en la medida que determinadas actividades lícitas y permitidas entrañan una serie de riesgos, se acepta que las consecuencias dañosas que se derivan de tales actividades deben recaer sobre el que ha creado el peligro<sup>84</sup>.

Sin duda, existe un paralelismo entre la regulación jurídica del riesgo derivado de los accidentes de trabajo con la prevista para prevenir el riesgo a perder el empleo. Aunque es evidente que la naturaleza del riesgo difiere sustancialmente. En los supuestos de *movilidad externa* los factores que potencialmente pueden afectar al acaecimiento de la contingencia no sólo son múltiples y de naturaleza heterogénea, sino que muchos de ellos están fuera del control del empresario. En definitiva, las posibilidades del empresario de identificarlos, así como la adopción de medidas preventivas para evitar los daños que pueden producir, son mucho más limitadas que en los supuestos de accidentes de trabajo, donde el empresario está en mejores condiciones de controlar los factores de riesgo.

La legislación republicana, paralelamente al sistema de responsabilidad subjetiva, establece un modelo (muy elemental) de responsabilidad objetiva en determinados supuestos de ineficacia contractual a él inimputable. Dando lugar a un primitivo sistema de fraccionamiento de los costes secundarios. Como se sabe, el empresario en los supuestos de cesación de industria, fuerza mayor, crisis de trabajo y eventualidad del trabajo debe cumplir con las formalidades del art. 46 LJM<sup>31</sup>, esto es, el preaviso. Y, para el caso de que lo incumpla debe abonar la cantidad económica correspondiente. En definitiva, puede observarse que la lógica que lo inspira es similar a la prevista para los accidentes de trabajo, pues, el empresario debe sufragar parte de los costes derivados de la pérdida del puesto de trabajo, a pesar de que el daño no le es imputable, porque es el que ha generado el riesgo y también es el que se ha lucrado con él.

De todos modos, existen notables diferencias con la mecánica prevista para los accidentes de trabajo. En primer lugar, el reconocimiento de la responsabilidad objetiva del empresario no va acompañado de la obligatoriedad de un seguro. Como se ha apuntado, una característica de los sistemas de responsabilidad objetiva por riesgo es que “lo importante no es quién paga, sino la forma cómo se paga” (GÓMEZ y PASTOR). De esta forma, el objetivo a seguir muta, dado que lo que se pretende prioritariamente es asegurar la financiación del riesgo. Sin embargo, en estos supuestos la inexistencia de un seguro obligatorio hace surgir el peligro de que los “causantes” no sean el óptimo asegurador y, por lo tanto, no pueda garantizarse a

---

<sup>82</sup> GONZALO y LÓPEZ. *Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la seguridad social*, op. cit., p. 133 y 134.

<sup>83</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 63 y 72. También en GONZALO y LÓPEZ. *Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la seguridad social*, op. cit., p. 133.

<sup>84</sup> MERCADER UGUINA. *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, op. cit., p. 72.

*priori* la compensación de la víctima. Durante la II República el debate relativo al establecimiento de un seguro de paro obligatorio, siempre recibía el calificativo de inapropiado por el elevado coste que el mismo podría ocasionar a las arcas del Estado. El temor al desbordamiento inmediato del seguro y consiguiente bancarrota, eran argumentos que trataban de justificar la negativa de la clase patronal a financiar con sus cotizaciones el seguro. Motivo por el que se opta por un sistema de libertad subsidiada.

En segundo lugar, existe el riesgo de que el trabajador acabe asumiendo la totalidad de los costes, pues, el empresario puede exonerarse de la responsabilidad por riesgo si respeta el plazo de preaviso. Aunque, en ocasiones, el cumplimiento de esta formalidad sea difícil.

### ***3.- Las reglas de inalienabilidad: la readmisión forzosa y la intervención previa de los órganos corporativos en las extinciones por crisis de trabajo.***

Otra de las novedades de la legislación republicana es el establecimiento de reglas de inalienabilidad. Con el fin de alcanzar determinados objetivos, el Legislador republicano decide adoptar medidas claramente paternalistas, con la convicción de que los individuos no son capaces de saber qué es lo que más les conviene. Se estima, por tanto, que el papel de la intervención colectiva, fijando unos criterios de responsabilidad y de valoración y dejando que sea el mercado el que determine el nivel de “agresiones” socialmente deseado, ofrece resultados que no son eficientes. En estos supuestos, se sustituye el método de mercado parcialmente monitorizado por un modelo preventivo regido únicamente por decisiones colectivas. En definitiva, a pesar de que el “ofensor” esté dispuesto a pagar la cantidad estipulada y la “víctima” a sufrir el daño, no se consiente que se ejecute su voluntad y se prohíben las transacciones imponiéndose heterónomamente una solución. Así, el Derecho, por motivos de orden público, declara la inalienabilidad de las titularidades de los individuos. Se prohíben determinadas transacciones (y por lo tanto, el juego del mercado) porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la eficiencia que tales operaciones pudiera acarrear.

Durante la II República, coincidiendo con la agudización del problema del desempleo y de los conflictos políticos, se ponen en marcha dos reglas de inalienabilidad. Estas medidas preventivas se diferencian por su mecánica operativa: una opera con posterioridad al acaecimiento de la contingencia y la otra con anterioridad.

i.-) Por un lado, se declara la readmisión obligatoria de determinados trabajadores que han sido despedidos por motivaciones políticas. Como se ha analizado, según el Decreto 29 de febrero 1936 (Gaceta 1 de marzo) se proclama la readmisión forzosa de los trabajadores que hayan sido despedidos por sus ideas, o con motivo de huelgas políticas. Por consiguiente, la

decisión colectiva se impone a pesar de que el empresario esté dispuesto a abonar el precio y aunque el trabajador estuviera dispuesto a aceptarlo. Esta regla de inalienabilidad es una evolución de la regla de responsabilidad anteriormente analizada. En esencia, el Legislador decide impedir el juego del mercado porque están implicadas magnitudes de imposible o difícil cuantificación y que repercuten en la seguridad y el bienestar de toda la colectividad.

Desde un punto de vista de prevención primaria este sistema plantea ciertos inconvenientes porque a pesar de que el Legislador tiene claro que no va a permitir ningún tipo de transacción al respecto, nada impide que el daño que precisamente se quiere evitar se perfeccione. El control jurisdiccional *a posteriori* así lo evidencia. A pesar de que se trate de actuaciones que repugnan a la sociedad, no justifica su control *a priori* generalizado, pues, las dificultades para hallar un mecanismo que permita identificar anticipadamente este tipo de actuaciones empresariales, resultaría extraordinariamente costoso, al obligar a someter todas las decisiones empresariales a este control previo. Solución que si bien resultaría sumamente efectiva a efectos de prevención primaria, resultaría social y económicamente inaceptable.

Ante este escenario, el “autocontrol” del ofensor se erige en la pieza fundamental sobre la que gravita la acción preventiva y sobre la que las medidas legales deben tratar de incidir. La cuestión entonces es si el tipo de sanción legalmente prevista es lo suficientemente poderoso como para reprimir anticipadamente potenciales intenciones “agresoras” del empresario. Es decir, si la persuasión de la sanción es lo suficientemente intensa como para alcanzar el número de disuasiones que socialmente se estima adecuado (en principio, para estos casos, la voluntad del Legislador es tolerancia cero). Otro aspecto importante, desde la perspectiva de la prevención secundaria, es si la reparación de la víctima se aproxima a la realidad del daño, esto es, a la *restitutio in integrum*.

En este sentido, la legislación republicana es sumamente avanzada, pues, el mismo Decreto que exige la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo, prevé la obligación del empleador de indemnizar al trabajador entre 39 días y 6 meses de jornal, por el tiempo que estuvieron privados del ejercicio de su profesión. Además, ante la constatación de que los empresarios no cumplían con su cometido, el Decreto 30 de abril 1936 (Gaceta 1 de mayo 1936) dispone que el patrono que se niegue a readmitir será sancionado con una multa entre 25 y 100 pesetas, por cada obrero que no fuese readmitido y por cada día que de retraso. El importe de la sanción debe destinarse a abonar al obrero para pagar el salario y el resto “se le dará el destino que señalan las leyes”.

En este contexto, el papel de los órganos jurisdiccionales es fundamental, pues, deben determinar si el empresario ha actuado de este modo. En este caso, es claro que los elevados costes terciarios que este tipo de protección conlleva, quedan justificados por el valor atribuido

a estos derechos. No obstante, es posible que las dificultades del trabajador para probar este tipo de conductas acabaran limitando la operatividad de esta medida preventiva.

ii.-) Como medida para fomentar la estabilidad en el empleo, según lo previsto en el conocido DCr'35, el empleador “no puede” extinguir los contratos en las “crisis de trabajo”, salvo que obtenga con carácter previo la autorización pertinente. El paternalismo implícito en este tipo de medidas está fuera de toda duda. El Estado, a través de sus órganos, estima hallarse en mejores condiciones que los propios afectados para decidir el nivel de empleo que puede asumir una organización productiva.

Uno de los aspectos más destacables de esta regla de inalienabilidad es que comporta unos costes primarios muy elevados. Especialmente, porque neutraliza la capacidad operativa de los sujetos que no pueden actuar libremente sin antes obtener el permiso pertinente. Lo que no sólo supone una restricción de la libertad individual de los individuos, sino que exige la puesta en marcha de un poderoso aparato burocrático, lo que a su vez comporta una ralentización del proceso decisorio (incrementando los costes terciarios). A diferencia de los modelos anteriores, es evidente que se trata de una medida de prevención primaria sumamente efectiva, pues, el nivel de riesgo aceptado es el que directamente decida la autoridad pertinente. Ni más ni menos. Lo que explica que el Legislador preste menor atención a los mecanismos de compulsión, pues, la consecución del nivel de empleo idóneo no depende del “autocontrol” del “agresor”. Aunque es evidente que conviene establecer medidas que persuadan al “agresor” a optar por la opción legalmente prevista y no acudir a soluciones alternativas que las soslayan.

Lo que lo diferencia de los sistemas anteriormente analizados, en los que se confía que el precio de salida (y el coste de oportunidad) guiará la acción del mercado, alcanzándose el nivel de estabilidad deseado. Aunque es evidente que el margen de error de este método preventivo es mucho mayor, al menos desde un punto de vista primario, pues, la determinación del nivel de estabilidad deseado a través de la fijación del precio de salida es mucho más imprecisa.

La principal duda a resolver es si los costes que conlleva la puesta en marcha de esta medida de prevención primaria justifican el perjuicio que se quiere evitar. Desde un punto de vista teórico, la justificación de la imposición de la intervención colectiva sobre la libertad individual reside, como se ha apuntado, en la idea de que las partes no están en condiciones para saber lo que más les conviene. Por tanto, no sólo no se confía en que puedan determinar el precio de salida (como sucede cuando se impone una regla de responsabilidad), sino que, sobre todo, se tiene la certeza de que no van a ser capaces de decidir razonablemente si vale la pena o no llevar a cabo una conducta dañosa o sufrir el correspondiente perjuicio. Motivo por el que se opta por una tutorización (o planificación) absoluta del nivel de actividad. Desde esta perspectiva, parece que la necesidad de velar por el interés colectivo que subyace en estas

decisiones justifica el coste destinado a prevenir esta contingencia. Para el Legislador republicano, la existencia de externalidades y los elevados costes de transacción justifica la intervención de un órgano del Estado (un tercero), a fin de que supla las carencias de información, aportando los aspectos que los contratantes obvian, valorando los múltiples intereses en juego y así averiguar de un modo más eficiente el nivel de actividad más apropiado, esto es, menos costoso. En el plano teórico, por tanto, la intervención colectiva se justifica porque se presume que es más eficiente que el juego de mercado parcialmente monitorizado.

## ***II.- Recapitulación.***

La “virtud” de la legislación republicana reside en que, sobre la base de las experiencias anteriores, es capaz de construir una estructura preventiva extraordinariamente compleja, completa y moderna. La introducción de reglas de *responsabilidad por riesgo* y de *reglas de inalienabilidad* constituyen una novedad fundamental en la salvaguarda del empleo y; sobre todo, describen un modelo preventivo (una paleta de instrumentos) que prácticamente va a permanecer inalterado hasta nuestros días. La idea de que el causante y beneficiario del riesgo debe hacerse cargo de, por lo menos, una parte de los daños que ese riesgo genera es un planteamiento que, si bien no es novedoso, no deja de ser revolucionario; al menos en lo que a la continuidad en el empleo se refiere. Y lo mismo cabe decir de la aceptación de que el mercado parcialmente intervenido no es un mecanismo decisorio adecuado para resolver ciertas disputas. La identificación de la concurrencia de intereses que exceden de lo particular en el seno de la teoría de los contratos y de las obligaciones y su intromisión en un ámbito estrictamente particular, resquebrajando los dogmas liberales, es un avance en la gestión de los riesgos de indudable magnitud; sin el cual, hoy en día no podría comprenderse los mecanismos de protección del empleo. En efecto, en lo que respecta a las reglas de *responsabilidad subjetiva* el esquema preventivo es muy similar al existente en la actualidad. En cuanto a la *responsabilidad por riesgo*, los cambios posteriores se han centrado en especificar los supuestos en los que es exigible y en configurar medidas de fraccionamiento de los costes más eficientes, con el fin de mejorar la compensación del trabajador y asegurar su cobro. Finalmente, en lo referente a las *reglas de inalienabilidad*, la evolución posterior se ha limitado a decidir la ampliación o restricción de su ámbito de aplicación en función de la entidad del riesgo y de los escenarios políticos, sociales y económicos que se han ido sucediendo a lo largo de las décadas posteriores.

En suma, en la etapa republicana puede identificarse el “esqueleto preventivo básico” del modelo vigente en el ordenamiento jurídico español.

***C.- La protección del empleo en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social vigente: un análisis desde la perspectiva del método analítico de la economía y de la lógica preventiva – propuestas de ‘lege ferenda’.***

Tal y como se acaba de exponer, el sistema preventivo vigente durante la II República (que, como se sabe, deriva en parte del modelo liberal) es muy similar al que rige en la actualidad. Afirmación que no queda desvirtuada por la existencia de sistemas normativos claramente diferenciados, pues, puede afirmarse que la acción del Legislador prácticamente se ha limitado a pulir las imperfecciones de las técnicas preventivas vigentes durante la etapa republicana. En efecto, la reacción del ordenamiento jurídico-laboral vigente frente al riesgo de todo trabajador a perder su empleo, en síntesis, se articula entorno a reglas de responsabilidad (subjctiva y objetiva) y reglas de inalienabilidad. Lo relevante es que no sólo se emplean las mismas técnicas preventivas, sino que, además, se utilizan en supuestos prácticamente idénticos.

La exposición que sigue, dividida en los dos apartados (*reglas de responsabilidad – subjctiva y objetiva - y reglas de inalienabilidad*) tratará de demostrar esta afirmación. En paralelo, el estudio de la normativa actual desde este enfoque analítico, nos permitirá evaluar el sistema desde parámetros eficientistas, desvelando posibles incoherencias de política preventiva y, a su vez, ofreciendo posibles alternativas más adecuadas.

***I.- El ordenamiento laboral y la prevención del riesgo a perder el empleo a través de las reglas de responsabilidad.***

***1.- La responsabilidad subjctiva y la prevención de las extinciones arbitrarias.***

Desde un punto de vista preventivo, el régimen jurídico de la responsabilidad subjctiva del empresario por extinción injustificada del contrato o por incumplimiento imputable (art. 50 TRET) puede definirse como un modelo preventivo de mercado en el que el precio de salida (o “soborno”) viene predeterminado por una decisión colectiva (prevención específica). La finalidad del Legislador es evitar que el empresario actúe de un modo arbitrario y decida romper el contrato sobrevenidamente sin que concurra un motivo suficiente que lo justifique. La necesidad de proteger el empleo como medio de garantizar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia, pone de manifiesto los recelos del Legislador ante determinadas decisiones que pueden resultar sumamente perjudiciales no sólo la “víctima”, sino también para



la sociedad en su conjunto. Y, al respecto, la lógica laboral se apropia de un mecanismo propio del Derecho común dirigido a preservar lo pactado.

A pesar de que la responsabilidad subjetiva del empresario tiene su origen en el incumplimiento imputable, la legislación laboral hace una distinción entre (1.1.-) la resolución del contrato injustificada (art. 54 y ss. TRET); y (1.2.-) el incumplimiento contractual (art. 50 TRET). Veamos separadamente cada uno de estos supuestos.

### ***1.1.- La resolución del contrato injustificada.***

El sistema de responsabilidad subjetiva por extinción injustificada del contrato previsto en el TRET tiene una incidencia en la *prevención primaria* (a.-) y en la *secundaria* (b.-). Describiendo un esquema preventivo muy similar al existente durante la II República.

a.- Desde la perspectiva primaria, en comparación con la LCT<sup>31</sup>, en lo relativo a la definición de las causas justificativas del despido, la normativa actual (art. 54.1 TRET), en conjunción con la labor de los órganos jurisdiccionales, ha contribuido a especificar qué debe entenderse por “justa causa” y disipar, en parte, la incertidumbre que este tipo de norma comporta. De todos modos, se trata de un concepto de textura abierta por lo que su delimitación precisa está circunscrita a las concretas circunstancias de cada caso. En definitiva, “agresor” y “víctima” siguen sin poder saber de forma anticipada si su conducta puede calificarse como lícita o no. Imprecisión que, a fin de cuentas, se traduce en la necesidad de articular un costoso sistema jurisdiccional dirigido a precisar el contenido de la norma. Lo que se traducirá, como se observará, en la articulación de una serie de medidas dirigidas a reducir estos costes terciarios (de un modo similar a lo previsto en la etapa republicana).

Aunque esta imprecisión, en principio, debe provocar un efecto disuasivo sobre el “agresor”, el conocimiento *ex ante* de la sanción a la que será castigado lo neutraliza de un modo notable, pues, al permitirle el conocimiento anticipado del riesgo que asume, define su nivel de actividad (o, si se prefiere, su nivel de inhibición). Al igual que antaño, la concurrencia o no de la “causa” marca la diferencia entre la imposición o no de un gravamen al ejercicio de una determinada “actividad”. El empresario antes de proceder a la resolución del contrato y con independencia del juicio relativo a la licitud o ilicitud de su conducta puede saber con precisión el riesgo que corre si ejecuta su decisión extintiva.

El importe de la indemnización por despido improcedente opera a modo de gravamen para el desarrollo de una actividad. El empresario está facultado para extinguir el contrato siempre que pague el precio colectivamente establecido. La estabilidad en el empleo depende en última instancia del coste de oportunidad de la decisión de extinguir el contrato del

empresario. El precio aspira a disuadir a un determinado colectivo de empresarios que no estén dispuestos a pagar dicha cantidad para poder desprenderse de un trabajador sin causa. Colectivo ante el que el trabajador ostentará una estabilidad real, salvo que el coste de oportunidad de la decisión de extinguir del empresario varíe.

Así pues, el número de extinciones arbitrarias que se dan en el ordenamiento jurídico-laboral español está directamente vinculado a este precio de salida. Importe, debe – benévolamente - pensarse, que mide la intensidad con la que la sociedad desea mantener el empleo. El Legislador aspira a restringir una determinada actividad dañosa con una cierta intensidad y el precio de salida (o “soborno”) es el elemento que describe este parámetro. Por consiguiente, debe entenderse que el Legislador al fijar dicha cuantía (y no otra) ha supuesto que de este modo se conseguirá restringir las decisiones extintivas arbitrarias del empresario hasta el nivel deseado por la sociedad. O, en otras palabras, el abono de 45 días de salario por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades describe el nivel de estabilidad que la sociedad española está dispuesta a soportar.

No obstante, existen indicadores que evidencian que este precio de salida no se ajusta a los requerimientos socialmente deseados, pues, al analizar su evolución en el tiempo se observa una progresiva tendencia a la baja. Como se sabe, con anterioridad a la actual cuantía, durante la vigencia de la RDLRT<sup>77</sup> el importe del precio de salida oscilaba, al arbitrio del juzgador, entre 60 y 2 mensualidades – salvo en empresas de menos de 25 trabajadores en las que se podía reducir el importe mínimo (art. 37.4 y 5). Y, desde 1997, las resoluciones de los contratos de fomento de la contratación indefinida por ‘causas de empresa’ declaradas improcedentes son sancionadas con una indemnización de 33 días por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades. Y, si bien no se ha vuelto a modificar esta cuantía (a la baja), cada vez son más los colectivos con los que poder celebrar este tipo de contratos (la última reforma de 2006, lo ha extendido a determinados contratos temporales).

Si asumimos que el perjuicio derivado de la pérdida del empleo es constante, el hecho de que estos cambios no vayan acompañados de otras medidas que incrementen la compensación del agredido, evidencia una progresiva expansión de la infracompensación. Tal y como se ha apuntado, no deja de sorprender que *las conductas ilegales*, no sólo no sean debidamente castigadas, sino que además *resulten premiadas* con una reducción del resarcimiento económico que debe abonarse<sup>85</sup>. Especialmente, si estas medidas no se acompañan de otras que traten compensar los costes secundarios que este tipo de decisiones generan. Además, empleando los términos expuestos anteriormente, esta respuesta legal es una clara “*fente de infelicidad*” de la sociedad en relación con el sistema jurídico (PASTOR PRIETO). Tal y como se ha

---

<sup>85</sup> Compartiendo la inadecuación de esta política legislativa, **MONEREO PÉREZ** y **FERNÁNDEZ AVILÉS**. *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, op. cit., p. 67.

apuntado, una de las fuentes de “sufrimiento” de la sociedad proviene de la falta de respeto de los derechos (que pueden definirse, recuérdese, como “valores esperados”). “Infelicidad” que también se aprecia cuando, a pesar del incumplimiento, el sistema no es capaz de garantizar al sujeto agredido una compensación adecuada (o, si se prefiere, justa).

Por otra parte, el papel de la conciliación en este modelo, al igual que en los precedentes analizados, pone en entredicho la coherencia del modelo preventivo perseguido por el Legislador. La intervención colectiva, fijando el precio del “soborno”, se justifica porque se estima que las partes no están en las mejores condiciones para fijarlo. Es decir, se constriñe el juego de mercado hasta el punto de que las partes sólo pueden decidir si quieren realizar o no una determinada conducta (sin posibilidad de incidir sobre el precio, salvo que se estipulen cantidades superiores). Sin embargo, a pesar de esta restricción del juego de mercado en el ámbito sustantivo, en el procesal se habilita un espacio para que opere. Sobre la base del principio de economía procesal, la conciliación es la reacción del Legislador para evitar la puesta en marcha de todo el aparato jurisdiccional (y reducir costes terciarios). Es decir, a pesar de la convicción del Legislador de la incapacidad de los contratantes y de la idoneidad de la intervención colectiva, se admite que “ofensor” y “víctima” pacten el precio del “soborno”, siempre que se haga en presencia del órgano de conciliación. Lo curioso es que se admite, incluso, que las partes negocien el precio de salida (lo que, en el ámbito sustantivo se prohibía relativamente); pudiéndose acordar una cuantía inferior a la que prevista en el TRET<sup>86</sup>.

Por otra parte, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente, la posibilidad de que el empresario reconozca desde un principio la improcedencia de su decisión y abone la indemnización legal tasada, es un estadio más en el intento de reducir los costes terciarios y los secundarios, pues, posibilita la rápida rehabilitación del “agredido”. Repárese, por otra parte, que este mecanismo es el mismo que el previsto al analizar el modelo preventivo para los empleados domésticos regulado en el Código Civil.

En definitiva, se evidencia que a pesar de la importancia que nuestra sociedad atribuye al principio de legalidad o, en otros términos, el absoluto rechazo a las conductas que lo contravienen, en ocasiones, el elevado coste que supondría su escrupuloso respeto no justifica que se exija su protección a toda costa. Lo que se traduce en la aceptación social de determinadas conductas ilícitas, a pesar del daño que generan. Podría pensarse que este planteamiento queda justificado porque la sociedad estima que el despilfarro de recursos públicos también es una forma de injusticia. Admitido esto, la cuestión se traslada a la necesidad de articular medidas que tiendan a compensar adecuadamente a la “víctima”.

---

<sup>86</sup> La derogación del art. 1.1.c) del Decreto 625/1985 por la Ley 45/2002, plantea la duda acerca de si el límite de 35 días sigue siendo exigible o no.

A pesar de la seguridad que el conocimiento anticipado de la sanción tiene en este particular mercado de daños, existen dos elementos que resultan ciertamente “tormentosos” a los ojos del “agresor”: la responsabilidad por mora (i.-); y la responsabilidad por daños y perjuicios (ii.-).

i.- La inexistencia de un límite a la responsabilidad por mora, como se preveía durante la vigencia del CT’26 y la LCT’31, introduce un elemento que si bien es probable que no consiga neutralizar las intenciones del empresario de actuar arbitrariamente, sí que, por lo menos, puede erigirse en un elemento que le persuade a alcanzar una transacción con la mayor celeridad posible (lo que, puede traducirse en una tendencia al alza del precio de “soborno”), con la reducción de costes secundarios y terciarios que esto conlleva. Paralelamente, aunque exista la posibilidad de que el Estado asuma una parte de los salarios de tramitación (como se sabe, sólo en el caso de que medien más de sesenta días hábiles entre la fecha de la presentación de la demanda y la de la sentencia que declare el despido improcedente), el efecto disuasivo de los salarios de tramitación sigue siendo poderoso, pues, el empresario tiene que anticipar el importe total devengado y después debe reclamar al Estado su devolución, lo que a su vez conlleva elevados costes terciarios.

Ahora bien, el sistema admite la posibilidad de limitar la responsabilidad por mora. En efecto, esta medida responde no sólo al intento de disipar la incertidumbre (o, mejor dicho, disminuir la carga disuasiva) que la indeterminación de su importe tiene sobre la determinación de la voluntad del “agresor”, sino sobre todo, reducir costes terciarios. En efecto, el hecho de que el empresario pueda reconocer la improcedencia de su actuación (hasta el momento de la conciliación) es un mecanismo para evitar que se ponga en marcha el costoso aparato jurisdiccional (muchas veces, como se sabe, promovido por el propio trabajador ante la expectativa de que se devenguen salarios de tramitación). Visto en perspectiva, esta regla es un estadio más en el proceso evolutivo que ha seguido la legislación laboral española y que se inicia con la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y la traducción líquida de todas las condenas. La seguridad que esta medida atribuye a este mercado de daños es extraordinaria y la verdad es que se trata de una medida que supone un extraordinario ahorro de costes terciarios.

Por otra parte, la posibilidad de reconocer la improcedencia de la decisión extintiva, debe admitirse, desde un punto de vista preventivo, porque no resulta más perjudicial que la posibilidad de pactar el precio del “soborno” en conciliación. Ni mucho menos. De hecho, la posibilidad de alargar el proceso con una finalidad dilatoria y así devengar salarios de tramitación es, desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto y de la gestión de los recursos públicos, un despilfarro (y, por consiguiente, puede considerarse como injusto). Por otra parte, el riesgo de que la decisión empresarial encubra una conducta lesiva de derechos

fundamentales, queda cubierta con la posibilidad de que el trabajador pueda continuar con el proceso si así lo estima (a pesar de que el empresario haya admitido su ilícito proceder).

Paralelamente, como se sabe, la posibilidad de reducir el importe de los salarios de tramitación si el trabajador ha encontrado una nueva ocupación, responde a la idea de alcanzar un fraccionamiento adecuado de los costes secundarios, tratando de evitar que se le imputen al empresario costes inmerecidos. Y la presunción de su cuantía, salvo prueba en contrario, trata de evitar los costes terciarios que su averiguación acarrearía.

ii.- El segundo elemento “tormentoso” a los ojos del “agresor” es la posibilidad de que se le condene a una indemnización de daños y perjuicios. Si bien es una posibilidad hoy sólo admitida en los despidos calificados como nulos en los que se aprecie una violación de derechos fundamentales, tal y como se ha tratado de demostrar, existen poderosos argumentos para defender su posible exigencia ante cualquier decisión empresarial extintiva que se declare como improcedente. Siempre, claro está, que se pruebe la existencia del daño y su cuantía. Los efectos disuasivos de esta potencial condena están fuera de toda duda. No obstante, antes de continuar, debe reiterarse una idea expuesta con anterioridad, el efecto disuasivo no debe predicarse frente a la contratación, sino frente a comportamientos resolutorios arbitrarios o absolutamente injustificados. El potencial disuasivo que la condena a una indemnización de daños y perjuicios es, desde un punto de vista primario, extraordinario (sin olvidar, como se analizará, su dimensión secundaria).

Sin embargo, esta medida preventiva es costosa desde el punto de vista de su gestión, además de postergar notablemente la rehabilitación efectiva del “agredido”. Aunque, quizás convenga relativizar esta afirmación, pues, la doctrina civil ha demostrado que no es cierto que el establecimiento de baremos indemnizatorios en el ordenamiento jurídico español de los accidentes de tráfico haya contribuido a reducir la litigiosidad existente con anterioridad a su puesta en funcionamiento<sup>87</sup>.

La cuestión es si los daños que se evitan con esta medida preventiva (disuadiendo al causante) justifican los elevados costes terciarios y secundarios que deben invertirse para el caso de que fracase. Extremo que será analizado con posterioridad, aunque avanzamos que las posibilidades de hallar “la solución” a esta cuestión son verdaderamente remotas, debiéndose optar por meras orientaciones o valoraciones de carácter general. En este sentido, entendemos que, como objetivo al que debe tender el modelo, convendría que el sistema jurídico tratara de aliviar la carga que los trabajadores sufren como consecuencia de la extinción injustificada del contrato (exigiéndose una nueva configuración en el fraccionamiento de los costes).

---

<sup>87</sup> *Vid.* al respecto, **PINTOS AGER**. *Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos*. Revista InDret nº 4, 2000, [www.indret.com](http://www.indret.com), p. 1 y ss.

b.- Llegados a este estadio conviene plantearse si en los supuestos de extinción contractual injustificada los costes secundarios quedan debidamente cubiertos (tanto si se castiga con la indemnización máxima o con la reducida de 33 días); y, si el modo de imputación es eficiente. La imputación de los costes secundarios, en su conjunto, se articula de un modo ciertamente complejo, combinando medidas de fraccionamiento personal, de “buena bolsa”, así como de fraccionamiento total. La pretensión del Legislador es articular un sistema de prevención secundaria que garantice la remoción de los daños, sin olvidar la dimensión primaria. La cuestión es si, este mecanismo preventivo es eficaz, desde un punto de vista secundario y primario.

En concreto, como se sabe, la compensación se articula de dos modos, por un lado, mediante el pago de la indemnización legal tasada (i.-); y, por otro, cuando proceda, a través de una prestación social en cualquiera de los niveles existentes (contributiva, no contributiva o asistencial – en su modalidad estatal de *renta activa de inserción* y autonómica de *renta mínima de inserción*) – (ii.-). La configuración de estos dos métodos de compensación resulta ciertamente compleja. Veamos detalladamente cada una de ellas.

i.- La indemnización legal tasada es un mecanismo de compensación de los costes secundarios basado en un fraccionamiento personal. El empresario está obligado al abono inmediato de la indemnización. La idea es que, a fin de reducir los costes secundarios, no haya ni retraso ni incertidumbre de la indemnización.

A pesar de que la jurisprudencia haya afirmado reiteradamente que la compensación legal tasada puede no ajustarse por exceso o por defecto el verdadero perjuicio que sufre el trabajador, debe afirmarse, sin ningún género de dudas, que en la inmensa mayoría de ocasiones es el trabajador el que queda infracompensado<sup>88</sup>. Además, debe repararse que las indemnizaciones por despido improcedente no quedan protegidas por el FOGASA (art. 33 TRET), salvo las derivadas del art. 50 TRET. Lo que hace incrementar el riesgo de que el trabajador quede sin una parte sustancial de la compensación a la que tiene derecho, o bien, sólo a través de elevados costes terciarios.

Para el supuesto de que el empresario se niegue a abonar la prestación por equivalente, la ejecución procesal es a todas luces extraordinariamente costosa (en términos de costes

---

<sup>88</sup> No obstante, la doctrina civil (analizando el sistema de responsabilidad civil del automóvil) ha destacado que la existencia de techos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas presenta algunas ventajas. En primer lugar, permiten realizar con adecuado margen de certidumbre previsiones sobre la cuantía de las indemnizaciones; b) su aplicación consigue el trato igual para los casos iguales; c) sirve de marco e impulso a la utilización de acuerdos transaccionales; d) agiliza al máximo el pago evitando demoras perjudiciales; e) disminuye sustancialmente las actuaciones judiciales; y f) son necesarios para mantener las indemnizaciones y, en consecuencia, las primas de los seguros de responsabilidad civil, en niveles razonablemente moderados. **PANTALEÓN PRIETO**. *Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas*. DJ nº 81, 1995, p. 171 a 173. *Vid.* también **DE ÁNGEL YÁGÜEZ**. *Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación*, *op. cit.*, p. 151 y ss. Aunque conviene advertir el análisis crítico del profesor PANTALEÓN a cada una de estas ventajas (*op. cit.*, p. 174 y ss.).

terciarios y secundarios), hasta el punto de que si sólo se atendiera a planteamientos monetarios, no se ejecutaría ninguna sentencia. No obstante, la necesidad asegurar la tutela judicial efectiva y, sobre todo, la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, justifican este tipo de gasto público, a pesar de que supere ampliamente el valor de lo que se está reclamando. En cualquier caso, sería conveniente que el sistema estableciera mecanismos que trataran de persuadir al empresario para que cumpliera el contenido de la sentencia. Especialmente, en las situaciones en las que habiéndose optado por la readmisión el empresario se niegue a su cumplimiento. Desde esta perspectiva no se comprende la derogación de la multa prevista en el antiguo art. 282 de la Ley de Procedimiento Laboral, del ni tampoco el carácter potestativo de la indemnización prevista en el art. 279.1.b TRET. Exigir que el Derecho se respete por medios jurisdiccionales es sumamente costoso, si a esto se le añade la incertidumbre que su puesta en marcha comporta, se colige la necesidad de una respuesta legislativa firme dirigida a disuadir intensamente aquellas conductas dilatorias del proceso<sup>89</sup>. A nuestro modo de ver, el elevado coste de la puesta en marcha del apartado jurisdiccional deja un amplio margen al Legislador para establecer medidas disuasivas más intensas dirigidas a promover el cumplimiento voluntario de las sentencias.

ii.- Paralelamente a este mecanismo de fraccionamiento personal de los costes secundarios existe la posibilidad de que el trabajador perciba alguna prestación social. La existencia de este tipo de prestaciones evidencia que los costes secundarios derivados de la pérdida del empleo no quedan compensados con el percibo de la indemnización legal tasada. Circunstancia especialmente relevante desde el instante que el trabajador puede no tener acceso a prestación alguna, pues, significa que en estos casos, va a ser quién soporte la mayor parte de los perjuicios derivados del comportamiento culposo del empresario.

El sistema establece un sistema de seguro público obligatorio. Desde un punto de vista preventivo primario, la existencia de un seguro dirigido a cubrir los daños producidos por conductas culposas es, a primera vista, un verdadero contrasentido, pues, es claro que el sistema jurídico no está enviando el mensaje adecuado para que el “agresor” se inhíba o que adopte las medidas precautorias necesarias para evitar actuaciones ilícitas.

En cambio, la existencia de este seguro obligatorio público, podría justificarse en tanto que garantiza al trabajador el percibo de algún tipo de compensación (previando el riesgo a que el empresario se declare insolvente); y en tanto que su existencia no libera al empresario del abono de la indemnización legal tasada. Justificación que conviene matizar desde el instante que, como se sabe, el percibo de una prestación social por la pérdida del empleo no está absolutamente garantizado.

---

<sup>89</sup> PASTOR PRIETO. *La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos*, op. cit., p. 162.

Pudiera pensarse que este seguro es para el empresario un mecanismo de fraccionamiento temporal de los costes secundarios. Esto es, una especie de indemnización diferida en el tiempo (o una modalidad de ahorro exigido al empresario por el Estado). Sin embargo, existen elementos que desvirtúan esta afirmación, debiéndose entender que el sistema vigente en el ordenamiento jurídico español se nutre, en ocasiones, del modelo de “buena bolsa” y, en otros supuestos, del modelo de fraccionamiento total. En primer lugar, porque el trabajador también contribuye a la financiación de este seguro. Y, en segundo lugar, porque no se pretende gravar a los sujetos sobre la base de su “inclinación” a causar daños. En efecto, el hecho de que no se prevea un sistema de primas en función del riesgo (salvo la elemental distinción entre contratos temporales a tiempo completo y a tiempo parcial y los indefinidos), pone de manifiesto que no se discrimina entre los empresarios diligentes y los que tienen más propensión a actuar contraviniendo el sentido de la norma. Lo cierto es que sorprende el reducido número de categorías (sólo tres), que no se constituyan grupos según las distintas clases de riesgos y, en consecuencia, que no se establezcan primas en función de la aversión al riesgo. Pues, como afirma CALABRESI, a medida que se perfilan la clasificación de los grupos de riesgo, comienza a operar y a ponerse de manifiesto algo que es distinto al mero fraccionamiento de los daños<sup>90</sup>. Esto es, se incrementaría la eficacia primaria de las primas (sin necesidad, por otra parte, de llegar al extremo de una categorización individualizada, pues, este sistema de prevención secundario se confundiría con un modelo de prevención primaria).

Lo que significa que si el trabajador tiene acceso a una prestación contributiva los empresarios diligentes y los trabajadores están financiando con sus cotizaciones las conductas dañosas de otros (“buena bolsa”)<sup>91</sup>. Ahora bien, repárese que si el trabajador tiene acceso al nivel no contributivo o a las prestaciones del tercer nivel, es la sociedad la que mediante el pago de impuestos acaba soportando los costes del comportamiento ilícito del empresario (fraccionamiento total). La escasa repercusión primaria de este tipo de fraccionamiento de los costes, hace un flaco favor al sistema que pretenda reducir eficientemente el número de extinciones arbitrarias.

---

<sup>90</sup> CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 63.

<sup>91</sup> Extremo que puede observarse con este ejemplo. Suponiendo que un trabajador haya trabajado en la misma empresa durante 2160 días, tiene derecho a percibir la prestación por desempleo durante 720 días (art. 210 TRLGSS). Si su contrato de trabajo es indefinido y su salario es de 100 unidades (en 12 pagas), el empresario a través de las cotizaciones a la Seguridad Social ha abonado en estos seis años 414 unidades (5'75 % de 100 unidades x 12 meses x 6 años; y el trabajador habrá aportado: 1'55 x 12 x 6 = 111'60 unidades). Suponiendo que no se superen los límites legales medidos en función del IPREM, el trabajador durante estos dos años percibirá 1500 unidades (70 % durante 6 meses = 420 unidades; y 60 % durante 18 meses = 1080 unidades). En definitiva, en tanto que la norma no discrimina entre los diversos niveles de riesgo existentes, es claro que el sistema es muy beneficioso para el “agresor”; especialmente, si se tiene en cuenta los mecanismos existentes para que el trabajador no consuma la totalidad de la prestación y encuentre un empleo lo antes posible – efecto derivado de lo que se conoce como contractualización de la prestación (para el caso de que agote toda la prestación, dejará de ser beneficioso para el empresario si lo que ha cotizado a la Seguridad Social es superior a lo que percibe el trabajador durante estos 720 días, esto es, cuando el trabajador tenga una antigüedad en la empresa de aproximadamente 22 años: 5'75 % de 100 unidades x 12 meses x 22 años = 1518 unidades – suponiendo, claro está, que el porcentaje de la cotización por desempleo no varíe en todo este tiempo).



En definitiva, el sistema socializa total o parcialmente una parte muy importante de los costes secundarios provocados por las extinciones injustificadas. Lo que, en términos preventivos quiere decir que el sistema permite al “agresor” no internalizar los perjuicios que se derivan de sus conductas dañosas. Redundando, sin duda, en perjuicio de la prevención primaria (y, ante el consiguiente aumento del riesgo también se producen mayores costes secundarios). En definitiva, el modelo está primando la prevención secundaria a la primaria. Lo que en estos supuestos de responsabilidad subjetiva es sintomático de ineficiencia<sup>92</sup>.

Otro de los aspectos claramente ineficientes del sistema actual es, como se ha apuntado, que el trabajador injustificadamente despedido no tenga garantizado el percibo de una prestación. Como se sabe, ésta está condicionada al hecho de que haya cotizado el tiempo suficiente y/o bien esté integrado en alguno de los colectivos que ostentan una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Es decir, existe el riesgo de que, a pesar de ser despedido injustificadamente, acabe asumiendo una parte importante de los costes secundarios. Lo que, por otra parte, no sólo beneficia al empresario infractor, sino que también redundará en beneficio de la financiación del nivel contributivo de la Seguridad Social, porque empresario y trabajador sí habrán estado cotizando por la contingencia de desempleo.

También conviene destacar que, con independencia del motivo que ha provocado la pérdida del empleo, la cuantía de la prestación así como el tiempo de su percibo es la misma (sólo depende del período de cotización que haya acumulado el trabajador y de su salario). Es decir, el seguro no discrimina en función del perjuicio sufrido (las primas tampoco tienen en cuenta la heterogeneidad del riesgo). En cambio, teniendo en cuenta el módulo de cálculo de la prestación, lo que se aspira es a que el trabajador, por decirlo de algún modo, mantenga el *status* que ostentaba con anterioridad a la decisión extintiva del empresario (salvo si se trata de una prestación del tercer nivel).

La cuestión es si esta socialización de los costes secundarios (mediante la indemnización y las diversas modalidades prestacionales) es la solución más eficiente desde un punto de vista de *prevención global*. La verdad es que se trata de una cuestión sumamente difícil de resolver. Especialmente si no se acompaña de un análisis empírico (estadístico-matemático). No obstante, en un plano estrictamente conceptual o teórico, de lo expuesto hasta ahora

---

<sup>92</sup> Podría argumentarse que esta solución no tiene porqué ser calificada *a priori* como inadecuada, pues, si bien no es del todo eficiente desde un punto de vista primario, sí puede serlo desde el secundario porque garantiza que la “víctima” tenga garantizada la compensación de (al menos) una parte de los daños padecidos. De no existir el seguro, existiría el riesgo de que el trabajador quedase sin percibir compensación alguna o bien la percibiese del empresario pero mediante elevados costes terciarios. Frente a esta afirmación podría objetarse que si el empresario no internaliza la totalidad de los costes derivados de sus conductas culposas, es posible que se produzca un incremento de los costes secundarios porque tendrá más incentivos para despedir injustificadamente. En definitiva, el ahorro en costes secundarios (y terciarios) que se derivaría de garantizar el percibo de una compensación de los daños (aunque sea parcial) se ve superado por el incremento de los mismos ante la inexistencia de elementos que disuadan al empresario de actuar culposamente.

pueden plantearse, a nuestro juicio, interesantes proposiciones o reflexiones (algunas de ellas, orientaciones de *lege ferenda*).

Una opción podría ser que se dejaran las cosas como están, por entender que es la solución menos perjudicial de las posibles. De hecho, la existencia de este modelo y no de otro podría ser un argumento que evidenciaría la validez de esta opción. Sin embargo, existen elementos que contribuyen a pensar que el sistema puede ser mejorado.

Si se admite que la sociedad no sólo aspira a un modelo de prevención secundaria eficiente, sino que también pretende reducir el número de extinciones injustificadas (esto es, reducir los costes primarios) es preciso introducir en el sistema elementos que contengan una carga disuasiva mayor<sup>93</sup>.

En este sentido, la condena al abono de una indemnización de daños y perjuicios tendría un poderoso efecto disuasivo (efecto primario), garantizando para el caso de que la prevención primaria fracasara, una compensación a la víctima próxima a la *restitutio in integrum* (efecto secundario). No obstante, desde un punto de vista preventivo, sin ánimo de ser exhaustivo, a fin de evaluar la validez de esta hipótesis, se nos ocurren algunas críticas a esta propuesta. Podría objetarse que este tipo de compensación sería inadecuado, porque, al comportar un grado elevado de incertidumbre respecto de su efectivo percibo y cuantía, así como una dilación notable, acabaría traduciendo en un incremento de los costes secundarios. Además, podría criticarse afirmando que se incrementaría notablemente el riesgo a la sobrecompensación del trabajador. Y, finalmente, también podría objetarse el incremento en los costes terciarios a consecuencia del incremento de la judicialización de los conflictos.

Frente a estas (potenciales) críticas puede afirmarse que, primero, la incertidumbre queda notablemente neutralizada desde el instante que el trabajador tiene garantizado legalmente el percibo del *id quod interest* y, en su caso, el percibo de la prestación social. Por otra parte, la crítica al riesgo a la sobrecompensación podría rebatirse aplicando la *regla de deducción* (permitiendo a la Seguridad Social reclamar al empresario “agresor” las cantidades pagadas a la “víctima”); o bien, como se apuntará, para evitar los costes terciarios que esta solución acarrearía, podría obligarse al empresario a concertar un seguro para atender estas contingencias. Y, finalmente, en cuanto a los costes terciarios, es bastante probable que ante el temor a posibles sanciones económicas muy elevadas, los “agresores” tengan el impulso de

---

<sup>93</sup> En este contexto deberían incluirse medidas que también tuvieran en cuenta la conducta imputable de los trabajadores. No obstante, el sistema actual establece que tienen a pesar de ello acceso a la prestación que les corresponda. Recuérdese que con anterioridad a la reforma de 2002, el sistema trataba de disuadir que los trabajadores incumplieran imputablemente el contrato mediante la restricción del acceso a la prestación por desempleo. En concreto, los trabajadores despedidos precedentemente tenían acceso a la prestación por desempleo siempre que la procedencia hubiera sido declarada judicialmente, debiendo esperar un período de tres meses para empezar a percibir la prestación. No obstante, el hecho de que el trabajador tuviera la certeza de que, a pesar de todo, acabaría percibiendo una prestación es posible que neutralizara el efecto disuasivo previsto por el legislador.

llegar a acuerdos con las “víctimas” al margen del sistema jurisdiccional (por ejemplo, en conciliación – lo que redundaría en una disminución de los costes terciarios)<sup>94</sup>.

También podría alcanzarse un nivel de prevención primaria más eficiente si se estableciese un sistema en el que las cotizaciones por desempleo a la Seguridad Social, como sucede en los accidentes de trabajo, tuvieran en cuenta el riesgo a ser despedido injustificadamente en función del parámetro que se estime más adecuado. Esto es, los sujetos deberían clasificarse en grupos homogéneos en función de sus riesgos (por sector económico, rama de actividad o tipología del causante – por poner algunos ejemplos), aunque ello acarrearía ciertos costes terciarios. No obstante, a nuestro modo de ver, existe suficiente información estadística para poder articular este modelo sin que su implementación acarree excesivos costes terciarios. De todos modos, el paso del tiempo acabaría puliendo este sistema ubicando a cada empresario en la categoría que le atañe.

Otra medida, ya avanzada, podría ser que fuera el “agresor” el que tuviera que abonar la prestación por desempleo para el caso de despido injustificado (de modo que no se cargaría sobre los trabajadores, empresarios diligentes o los contribuyentes los costes de las actuaciones ilícitas de terceros<sup>95</sup>). A nuestro entender, no sería contrario a esta idea el hecho de que el empresario pudiera concertar un seguro privado para cubrir este tipo de contingencia, prefiriéndose que tuviera carácter obligatorio<sup>96</sup>. Seguro en el que, a diferencia del modelo actual, la prima variaría en función de la propensión de cada empresario a extinguir ilícitamente. Lo que se traduciría en una disminución de los costes primarios, porque persuadiría al empresario infractor a contenerse hasta el nivel eficientemente óptimo (esto es, hasta el nivel en el que la prima del seguro resulte menos costosa que el beneficio que obtiene actuando ilícitamente)<sup>97</sup>. En definitiva, esta solución, en tanto que acabaría encareciendo las extinciones

---

<sup>94</sup> Según PINTOS AGER, la solución extrajudicial de los conflictos acaecerá “cuando la petición mínima del demandante no exceda la oferta máxima del demandado (...). Las pretensiones de las partes en la negociación dependen del valor esperado que ambos asignan al caso, tras descontar lo que cada uno gastaría hasta que recayese una resolución judicial firme. Para que al demandante le resulte interesante una oferta de acuerdo del demandado, éste tendrá que igualar, al menos, la cantidad que el demandante estima que puede ganar en juicio, neta de los costes en que incurriría para conseguirlo (...). Por su parte el demandado estará dispuesto a ofrecer una cantidad máxima equivalente a lo que estima que puede perder en juicio, más lo que gastaría en intentar evitarlo”. PINTOS AGER. *Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos*, op. cit. (versión digital), p. 4.

<sup>95</sup> Lo que se podría traducir en una reducción de las cotizaciones a la seguridad social por la contingencia de desempleo.

<sup>96</sup> Esta opción sería mejor que condicionar el sistema a la decisión voluntaria del potencial “agresor” de asegurarse o no. Pues, los individuos tienen incapacidad para valorar adecuadamente el riesgo, pues, cuando eligen entre asegurarse o asumir el riesgo de no hacerlo, carecen de los datos necesarios para determinar cuál es el riesgo al que se exponen; además, aunque tuvieran estos datos, no están psicológicamente preparados para ello, pues, la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Finalmente, en general, la gente es incapaz de averiguar lo que más le conviene cuando de lo que se trata es de decidir entre un coste inmediato y una pérdida futura, inclinándose normalmente por la felicidad presente y prescindiendo del futuro. CALABRESI. *El coste de los accidentes*, op. cit., p. 71 y 72.

<sup>97</sup> Como afirma CALABRESI, la “diversificación sirve para identificar aquellas clases de individuos que o bien no pueden asegurarse o bien pueden hacerlo a primas que, sin embargo, no les estimulan en absoluta a emprender una actividad por la cual se ven, precisamente, constreñidos a asegurarse. En otros términos, los individuos expuestos a índices de riesgo elevado deben estar dispuestos a elegir entre una de las alternativas siguientes: pagar primas

injustificadas, contribuiría a dificultar su acaecimiento y fortalecería la estabilidad en el empleo frente a las extinciones arbitrarias.

De algún modo, lo que podría plantearse, al igual que en los accidentes de trabajo (contingencias comunes y profesionales), es que se estableciese una distinción entre la prestación por desempleo motivada por la extinción del contrato por despido injustificado y el resto. A nuestro modo de ver, esta diferenciación contribuiría a aligerar la carga económica de los empresarios diligentes y fomentaría la diligencia de los que contravienen la norma.

En el fondo, como ya se ha expuesto repetidamente, lo que debe plantearse es hasta qué punto la sociedad está dispuesta a admitir actuaciones empresariales arbitrarias (recuérdese que ésta puede ser una de las fuentes de “infelicidad” de la sociedad con respecto al sistema jurídico) y, sobre todo, quién debe pagar los costes derivados de los perjuicios que generan.

### ***1.2.- El incumplimiento contractual del empresario.***

La resolución del contrato a instancia del trabajador *ex art. 50 TRET* participa de muchos de los elementos preventivos presentes en el régimen jurídico de la extinción del contrato injustificada. Sin embargo, contiene algunos elementos singulares que conviene precisar, pues, tienen una incidencia desde la perspectiva preventiva.

En cuanto a la descripción de los motivos que justifican la resolución del contrato por parte del trabajador, resulta sumamente difícil determinar cuál es el nivel de diligencia exigido para cada caso concreto, esto es, predecir anticipadamente si la conducta empresarial puede subsumirse en el supuesto de hecho de la norma o no. A pesar de la existencia de diversos niveles de especificación (apartados a y b del art. 50 TRET), lo cierto es que la norma se limita a ofrecer algunos parámetros orientativos, con el fin de posibilitar la evaluación de la conducta empresarial. En definitiva, establece una especie de escala del “esfuerzo” que debe realizarse para probar la ilicitud empresarial, y, por ende, describen mayores o menores niveles de costes terciarios.

Si se aplicara el mismo modelo preventivo que el previsto para el despido (resolución extrajudicial), las dificultades para anticipar con certeza la ilicitud o no de la conducta empresarial que se derivan de la imprecisión de la norma, pondrían al trabajador en una situación sumamente arriesgada. Al dejar de prestar sus servicios, si su pretensión no prosperara, existiría el riesgo de que se estimara que se ha producido un abandono o un desistimiento, o, incluso, un incumplimiento imputable por faltas de asistencia. Lo que

---

elevadas, asumir el riesgo de desarrollar su actividad sin asegurarse o, lo que suele ser mucho más desagradable renunciar a la actividad”. CALABRESI. *El coste de los accidentes, op. cit.*, p. 77.

redundaría negativamente en la estabilidad en el empleo y, a fin de cuentas, persuadiría a los trabajadores de ejercer esta facultad resolutoria.

La resolución judicial es la respuesta del Legislador a estas cuestiones. Siendo especialmente adecuada, a pesar del coste que comporta, pues, no sólo permite al trabajador continuar con su trabajo mientras se sustancia el proceso (lo que, en ocasiones, puede ser desaconsejable), evitando (o postergando) la aparición de costes secundarios, sino que, además, le permite continuar trabajando para el caso de que su pretensión no tenga éxito. Conviene tener presente que la legislación laboral habilita otros mecanismos para compeler al empresario al cumplimiento del contenido del contrato. Por lo que la resolución *ex* art. 50 TRET aparece como *última ratio*.

Extremos que nos desvelan un aspecto diferenciador importante con respecto a lo apuntado en el epígrafe anterior, pues, la puesta en marcha de esta medida preventiva comporta elevados costes terciarios. Como se sabe, el trabajador debe solicitar del órgano judicial la resolución de su contrato, estando obligado (salvo circunstancias excepcionales) a permanecer en su puesto de trabajo durante su sustanciación. Sin duda, se trata de una medida de prevención primaria más costosa que la prevista para los despidos y las resoluciones *ex* art. 52 TRET, pues, exige la intervención previa de los órganos jurisdiccionales. El objetivo principal de la norma es evitar que el empresario fuerce al trabajador a dimitir o abandonar su puesto de trabajo.

Ahora bien, una vez declarado el incumplimiento empresarial, este supuesto resolutorio no se diferencia del previsto para las extinciones empresariales injustificadas, (salvo en lo relativo a los salarios de tramitación que, en principio, no proceden), pues, la continuidad o no del trabajador depende de una decisión individual del empresario, en función de su coste de oportunidad. Aspectos, que ya han sido analizados con anterioridad extensamente, por lo que, nos remitimos a lo apuntado.

De todos modos, uno de los aspectos importantes a tener en cuenta de este supuesto resolutorio es que la prestación por equivalente está parcialmente asegurada por el FOGASA (art. 33.2 TRET). El aseguramiento de las conductas culposas, si bien, puede contribuir a la mejora en la reducción de los costes secundarios (garantiza la compensación), tiene una incidencia muy negativa en la prevención primaria (el “ofensor” no percibe un mensaje disuasivo adecuado). A pesar de ello, este instrumento asegurador se explica, en parte, porque, de no existir, en tanto que el trabajador puede resolver el contrato por falta de pago o retrasos continuados del salario, existiría un riesgo muy elevado a que no percibiera cantidad alguna o, de percibirla, de forma muy costosa. De todos modos, conviene no olvidar que el FOGASA ostenta una acción de repetición contra el empresario. Medida lógica, pues, trata de evitar “conductas descuidadas”.

## ***2.- La responsabilidad por riesgo y el fraccionamiento de los costes por la pérdida del empleo.***

El contrato de trabajo también puede extinguirse por incumplimientos inimputables. Desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo y de la reducción de los costes secundarios, no sólo debe hacerse referencia a la facultad resolutoria del empresario por excesiva onerosidad e imposibilidad objetiva, sino que también debe prestarse atención a la facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad reconocida en los art. 41.3.2º y 40.1.4º TRET.

### ***2.1.- Facultad resolutoria empresarial por imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.***

La evolución de la legislación laboral en lo que concierne a la definición de la causas de resolución del contrato por motivos inimputables del trabajador, especialmente a partir de 1994, ha permitido consolidar la teoría de la excesiva onerosidad. La referencia a las ‘causas de empresa’, claramente diferenciadas de la imposibilidad objetiva, evidencia la definitiva desvinculación de estos supuestos resolutorios de los que tienen su origen en la desaparición del objeto del contrato.

Lo que en términos preventivos tiene una incidencia capital. En términos generales, puede afirmarse que la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por riesgo no son incompatibles entre sí, pero se excluyen mutuamente. Es decir, la ampliación de lo que debe entenderse como un incumplimiento imputable se hace a costa de la conceptualización del incumplimiento inimputable. Y viceversa. Por consiguiente, desde el instante de que el Legislador español asume plenamente la teoría de la excesiva onerosidad, diferenciándola claramente de la imposibilidad objetiva, está procediendo a una ampliación sustancial del ámbito de operatividad de la responsabilidad por riesgo a costa de la responsabilidad subjetiva. En términos preventivos, teniendo en cuenta lo expuesto con anterioridad, el incremento del espacio de operatividad de la responsabilidad por riesgo comporta una rebaja del nivel de cuidado que se estima debido, produciéndose una modificación a la baja de lo que se entiende como conducta imputable, y por consiguiente, reduciendo las posibilidades de que el empresario pueda ser declarado responsable por esta circunstancia. En definitiva, se produce un aumento considerable de los elementos que permiten al empresario cumplir con el nivel de precaución socialmente idóneo y, por tanto, que el daño producido por la pérdida del empleo

del trabajador no le sea imputado culpablemente. Lo que no quiere decir que no se le impute responsabilidad alguna, sino que responderá en menor medida (menor cuantía). La reforma de 1997 modificando el contenido del art. 52.c) TRET, esto es, disminuyendo la intensidad del desequilibrio contractual exigible para justificar la resolución del contrato por excesiva onerosidad y la reforma de 2001, reconociendo un supuesto resolutorio específico para la Administración, pueden incardinarse en esta tendencia “expansionista” de la responsabilidad por riesgo.

Desde una perspectiva preventiva, si el concepto de culpa permite la distinción entre daños evitables e inevitables, de tal modo que, al menos conceptualmente, marca la línea entre los daños que vale la pena evitar y los que no, el incremento del ámbito de operatividad de la responsabilidad por riesgo, en principio, debería traducirse en un disminución de las conductas dirigidas a evitar los costes primarios una vez iniciada la relación de trabajo. Sin olvidar que, como se ha expuesto, la responsabilidad por riesgo también repercute en la dimensión primaria, pues, puede incidir en la decisión de incrementar el nivel de actividad.

A pesar de tratarse de situaciones imprevistas (excesiva onerosidad), imprevisibles o, si previstas, inevitables (imposibilidad objetiva) la cuestión relativa a los costes primarios es, en principio, poco relevante, pues, las posibilidades de evitar estas contingencias son, por definición, más reducidas que cuando se trata de un supuestos de responsabilidad subjetiva.

No obstante, debe recordarse que en la medida que el causante carga con el resarcimiento con independencia del nivel de diligencia empleado, deberá tener en cuenta que el incremento del riesgo que comportaría un incremento de su actividad. Sin perjuicio de lo que se apuntará con respecto a las reservas del empresario al incremento de su nivel de actividad por temor a la obligación de soportar los costes derivados del riesgo que ha creado, las situaciones en las que opera responsabilidad por riesgo se caracterizan, principalmente, por el hecho de que se parte de unos costes secundarios dados. Por consiguiente, la cuestión principal que debe resolver el sistema en estas situaciones es la relativa a la financiación de estos daños. Esto es, quién debe cargar con los costes derivados de la pérdida del empleo de los trabajadores.

Como se sabe, a pesar del carácter inimputable del incumplimiento, el empresario debe abonar una compensación económica en estas situaciones porque se estima que, en tanto que generador del riesgo y principal beneficiario, es responsable. Y, como se ha apuntado, la aparición del seguro es una consecuencia “natural” de estos sistemas.

Dicho esto, las responsabilidades que se derivan de estos supuestos extintivos participan en gran medida de esta lógica. Aunque con algunas particularidades, dado que el modelo actual establece un sistema de compensación ciertamente complejo, pues, combina, por un lado, medidas de responsabilidad directa del empresario que se ha lucrado directamente del

riesgo por él generado y, también, aunque sólo en ciertos casos, del colectivo de empresarios en su conjunto; y, por otro lado, medidas de socialización de los costes secundarios (a través de alguna de las prestaciones por desempleo).

No obstante, antes de continuar con este análisis, como se sabe, el ordenamiento jurídico vigente establece ciertas reglas de inalienabilidad en particulares situaciones de incumplimiento por imposibilidad objetiva (cuando afecta a un empresario persona jurídica) y en las que tienen su origen en una excesiva onerosidad sobrevenida (cuando afecta a determinados trabajadores en empresas de ciertas dimensiones). Situaciones que serán analizadas en el apartado siguiente, sin perjuicio de que los aspectos analizados a continuación sean exportables a los supuestos que requieren la previa intervención administrativa o del juez de lo mercantil en las crisis concursales.

Retomando la exposición, a la hora de analizar la financiación de los costes secundarios derivados de la extinción del contrato por excesiva onerosidad e imposibilidad objetiva, como se ha avanzado, conviene hacer una distinción entre la imputación del coste al empresario que se ha lucrado del riesgo que él ha creado (i.-); y la imputación socializada (ii.-).

i.- En cuanto a la imputación directa, según lo previsto en el TRET, la extinción del contrato en las situaciones de imposibilidad objetiva del empresario persona física (art. 49.1.g TRET) comporta el abono de una indemnización consistente en una mensualidad.

Y, en los supuestos de resolución del contrato *ex art. 52 TRET* el empresario debe pagar al trabajador una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. El hecho de que el empresario deba poner a disposición del trabajador la indemnización legal tasada se justifica, desde un punto de vista preventivo, porque de este modo, al margen de la valoración acerca de la procedencia o de la improcedencia de la causa alegada, se aspira a la rehabilitación inmediata del trabajador y, por tanto, a la reducción de los costes secundarios. La obligación de preaviso también tiene un efecto en la reducción de los costes secundarios, pues, al evitar las extinciones intempestivas, “facilita” el tránsito al desempleo y, posibilita, que el trabajador trate de hallar un nuevo empleo (la licencia de seis horas semanales evidencia este objetivo claramente). El carácter tasado de la indemnización que percibe el trabajador es también un factor especialmente relevante. La primera conclusión que se extrae de este hecho es que la prioridad del Legislador (en coherencia) no es influir en el nivel de prevención primaria, al menos de una forma directa. Por otra parte, tampoco aspira a que el empresario sea el único que tenga que cargar con estos costes. El motivo de esta decisión tiene mucho que ver, a nuestro entender, con el carácter inimputable del incumplimiento y, específicamente para los supuestos de excesiva onerosidad por ‘causas de empresa’, con la voluntad de no “sangrar” a la organización productiva, para así posibilitar su preservación y con ella la estabilidad en el empleo de los trabajadores a ella vinculados.



No obstante, en determinadas situaciones, ante el temor de que el empresario no pueda asumir el abono de la indemnización y acabe repercutiendo en la esfera del trabajador, se socializa el pago de esta compensación. En concreto, en las empresas de menos de 25 trabajadores, el 40 % de la indemnización es abonada por el FOGASA (apartado 8º del art. 33 TRET; eso sí, atendiendo a los límites cuantitativos previstos en el apartado 2º del citado precepto). Así pues, el riesgo se reparte entre el empresario que directamente se ha lucrado del riesgo por él creado y el colectivo de empresarios que con sus aportaciones financian al FOGASA. Como se sabe, este reparto de los riesgos se basa en la presunción de que las empresas de pequeñas dimensiones (en términos de número de trabajadores contratados) tienen más dificultades para sufragar estos costes. Desde un punto de vista preventivo se trata de un supuesto de fraccionamiento de “buena bolsa”, por entender que de este modo de alcanza un reparto de los costes secundarios más eficiente (sin perjuicio, claro está, del fraccionamiento que se produce con la prestación social por desempleo). Por otra parte, sin entrar a valorar si esta presunción se ajusta verdaderamente a la realidad productiva española, esta regla también puede evaluarse como una medida dirigida a reducir los costes terciarios, pues, permite soslayar los costes que comportaría la prueba de esta circunstancia.

La respuesta del Legislador a estas situaciones es lógica si se tiene en cuenta que el sistema de responsabilidad objetiva no sólo aspira a corregir las consecuencias distributivas del sistema de la culpa, sino que también *pretende* reducir el número y la gravedad de los riesgos. Recuérdese (BISBAL MÉNDEZ) que este modelo al obligar al causante a *internalizar* todos los costes derivados de una determinada contingencia, en principio, no tiene más remedio que buscar opciones menos arriesgadas, pues, sólo así consigue evitar que se le imputen los costes de los daños derivados de su actividad. Así, hemos afirmado que, en la medida que este sistema de imputación ejerce presión sobre el individuo que tiene el control de las condiciones de riesgo, es posible que la corrección de las mismas se produzca de un modo eficaz. Por este motivo, la responsabilidad objetiva puede repercutir en el nivel de actividad del causante (incidiendo en la prevención primaria), pues, en la medida que el causante carga con el resarcimiento con independencia del nivel de diligencia empleado, deberá tener en cuenta que el incremento del riesgo que comportaría un incremento de su actividad. En definitiva, la intervención del FOGASA trata de suavizar el efecto que la responsabilidad objetiva puede tener en el incremento de actividad, pues, el temor a tener que soportar unos costes secundarios por hechos inimputables puede acabar traducéndose en un desincentivo para las iniciativas empresariales emprendedoras; lo que puede tener un efecto claramente perjudicial, pues, son generadoras directa o indirectamente de nuevo empleo. El problema es que a través de la acción del Legislador y el juego de los órganos jurisdiccionales se ha pervertido este razonamiento.

Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación al respecto, y siguiendo con el FOGASA, como se sabe, con independencia de la dimensión de la plantilla, y en aras a garantizar el percibo de la indemnización legal tasada y sin excesiva dilaciones, se establece un seguro obligatorio (FOGASA), para la contingencia de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. Seguro financiado por todos los empresarios con trabajadores por cuenta ajena. Incluso, en los supuestos de resolución por fuerza mayor *ex art. 51.12 TRET* puede acordarse que la totalidad o una parte de la indemnización sea abonada por el FOGASA. De nuevo, se procede a un sistema de fraccionamiento de los costes secundarios de “buena bolsa”.

Un aspecto a destacar es que las aportaciones al FOGASA no tienen en cuenta los diversos niveles de riesgo existentes. Así que, al no establecer discriminación alguna, todos los empresarios contribuyen a su financiación del mismo modo. La inexistencia de categorías en función del riesgo evidencia que la finalidad del Legislador no es influir en el nivel de prevención primaria (lo cual es lógico atendiendo a las características del hecho causante) sino en fraccionar los daños entre todos los empresarios con trabajadores por cuenta ajena. Y, el hecho de que el FOGASA ostente una acción de repetición contra el empresario trata de evitar potenciales “conductas descuidadas”, pero sobre todo que el trabajador perciba una compensación con la mayor celeridad posible (lo que, como se sabe, contribuye a la reducción de los costes secundarios).

La idea de que la responsabilidad objetiva puede repercutir en la decisión del empresario de incrementar su actividad empresarial y así contratar a más personal ha calado hondo en el *modus operandi* empresarial. Sin necesidad de excesivas explicaciones, es fácil que, ante la voluntad de incrementar la actividad productiva, este razonamiento se traduzca en un aumento de las reticencias del empresario a la contratación de más personal, o de hacerlo, optar por una modalidad contractual que facilite la salida de los trabajadores; esto es, la contratación temporal (u otras modalidades al margen del trabajo por cuenta ajena)<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Aunque pueda parecer que ésta es una solución lógica desde la perspectiva de la eficiencia de la lógica preventiva, existen argumentos que lo descartan. En efecto, el recurso a la contratación temporal puede no ser la solución más adecuada en términos de eficiencia, pues, si no concurre la causa de temporalidad y el trabajador impugna, puede acabar traducándose en la peor de las soluciones posibles, esto es, en una condena a la indemnización legal por despido improcedente (más salarios de tramitación) y a una sanción administrativa. La eficiencia de este efecto disuasivo depende en la probabilidad a ser castigado (en este sentido, el papel del trabajador al respecto es fundamental, pues, el castigo depende de la previa reclamación del trabajador; y, ésta acontecerá si el trabajador es conocedor del comportamiento ilícito del empresario, o bien, el importe de la indemnización es superior a los costes derivados de su reclamación, o bien, tiene la certeza de que no va a ser contratado de nuevo - temporal o indefinidamente). Paralelamente, no conviene olvidar que el ordenamiento jurídico ofrece una variada paleta de instrumentos dirigidos a posibilitar la adaptación del contrato a los cambios que se suceden en el tiempo, lo que debería contribuir a evitar este tipo de razonamiento. Además, sin perjuicio de lo que se expondrá posteriormente con mayor detalle, el conocimiento anticipado del importe preciso de la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario, las diversas ayudas existentes para sufragarlo, el reparto de su financiación entre múltiples actores y,

Una solución que contribuiría a neutralizar los temores empresariales podría ser una reducción sustancial del importe de la indemnización que deben abonar en estos supuestos. Que, por supuesto, debería ir acompañada de una medida de fraccionamiento total o de “buena bolsa”, a través del incremento de la prestación por desempleo – en términos de tiempo o cuantitativos –, a fin de no imputar más costes secundarios a los trabajadores, y que estuviera financiada a través de los propios empresarios, o juntamente con los trabajadores o, incluso, a cargo de los presupuestos generales del Estado<sup>99</sup>. En definitiva, no creemos que fuera descabellado proponer un modelo en el que si efectivamente el incumplimiento es inimputable y se acepta que la empresa es el principal generador de empleo, se produjera un fraccionamiento de los costes secundarios mayor que el existente. Aunque se aumentara la carga impositiva sobre las empresas, la disminución del sistema de fraccionamiento personal contribuiría a disipar el efecto desincentivador que la responsabilidad objetiva tiene sobre el aumento de las actividades que acarrear un riesgo.

Sin embargo, el Legislador no parece ser partidario de esta opción (quizás, por la presión de los representantes de los trabajadores y/o por la de los propios políticos, celosos por velar por el equilibrio de las arcas públicas o de la Seguridad Social). En este contexto, la acción del Legislador debería encaminarse hacia la concreción del supuesto de hecho de la norma o, si se prefiere, a circunscribir la capacidad de apreciación de los órganos jurisdiccionales, reconduciéndoles al nivel de riesgo o de actividad socialmente deseado.

La cuestión – el problema - es que la prueba de la existencia de un desequilibrio contractual por ‘causas de empresa’ resulta sumamente compleja (y costosa). La imprecisión de la norma dificulta que el empresario pueda conocer anticipadamente, sin incurrir en elevados costes, si está actuando lícitamente o no. Pudiéndose dar situaciones en las que, a pesar de la concurrencia de un desequilibrio suficiente para justificar la resolución, se acabe declarando jurisdiccionalmente su improcedencia por las dificultades de obtener una prueba convincente (o de los órganos jurisdiccionales a ser convencidos). En este escenario, en tanto que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de que el empresario reconozca la improcedencia de su decisión, puede darse el caso de que el empresario estime más apropiado (menos costoso) asumir desde un principio que se está actuando ilícitamente y abonar la indemnización por cese improcedente. En concreto, se optará por abonar esta indemnización, cuando su importe sea inferior a la suma de la indemnización legal tasada por responsabilidad por riesgo y de los costes terciarios a ella derivados<sup>100</sup>. En definitiva, los elevados costes terciarios vinculados a la

---

sobre todo, la más que probable infracompensación del trabajador derivada del carácter tasado de la indemnización deberían contribuir, de una vez por todas, a superar las reservas a la contratación indefinida.

<sup>99</sup> Lo que probablemente exigiría, a su vez, una diferenciación de la prestación por desempleo en función de la naturaleza de la causa extintiva.

<sup>100</sup> Aseveración que no es del todo exacta, pues, la opción por la responsabilidad subjetiva también comporta unos costes terciarios, aunque, es fácil advertir que su cuantía será probablemente inferior.

responsabilidad por riesgo y, en concreto, a la prueba de la ausencia de un comportamiento imputable, paradójicamente, pueden acabar traducéndose en un desplazamiento hacia la responsabilidad subjetiva (aumenta la probabilidad de que así sea). De tal modo que el coste vinculado a un incremento del nivel de actividad puede acabar siendo superior al que legalmente se estima como idóneo. Lo que se traduce en un aumento sustancial de las retenciones empresariales al incremento de actividad y, para cuando no quede más remedio, de la contratación temporal fraudulenta.

Sin embargo, ante esta situación el Legislador en 1997 (en connivencia con los interlocutores sociales), en vez de especificar el supuesto de hecho de la norma y tratar de eliminar los aspectos más vaporosos, responde con dos medidas bien diferenciadas. Por un lado, empleando los mismos términos vaporosos, se limita a bajar la intensidad del desequilibrio exigido para los supuestos resolutorios *ex art. 52.c) TRET*. Lo que, en modo alguno, resuelve el principal problema jurídico existente, pues, no contribuye a disminuir las probabilidades de que la suma de la responsabilidad objetiva y los costes terciarios sea inferior a la responsabilidad subjetiva. El hecho de que el desequilibrio sea aparentemente inferior no significa *per se* que la demostración de su existencia sea más sencilla (especialmente, cuando la norma sigue siendo extraordinariamente imprecisa). Otra cosa es que, los órganos jurisdiccionales reciban el mensaje del Legislador de que deben ser menos estrictos en estos supuestos resolutorios. Lo que, si bien puede traducirse en una disminución de la probabilidad de ser declarado responsable subjetivamente, en modo alguno disminuye los costes terciarios<sup>101</sup>.

Por otro lado, a fin de fomentar la ocupación indefinida de ciertos colectivos con dificultades para hallar un empleo, a cambio de que se les contrate indefinidamente, procede a una reducción sustancial de la indemnización por resolución por causa de empresa declarada improcedente. En la mente del Legislador está la convicción de que el aumento del coste que conlleva un incremento de actividad del causante puede traducirse en un menor uso de la contratación indefinida de determinados colectivos con dificultades para hallar un empleo.

Desde un punto de vista preventivo esta solución plantea algunos inconvenientes. En primer lugar, la respuesta del Legislador no va dirigida al núcleo del problema, esto es, reducción de los costes terciarios y de los costes secundarios por responsabilidad objetiva (en el modo de su fraccionamiento), sino que se centra en modificar la imputación de los costes secundarios por responsabilidad subjetiva. En segundo lugar, la rebaja sustancial del importe de la indemnización hasta 33 días hace que estadísticamente sea menos probable que en la realidad

---

<sup>101</sup> Ante la voluntad de modificar a la baja la indemnización legal tasada, podría plantearse la posibilidad de repartir los costes terciarios vinculados a las resoluciones por 'causas de empresa'. En este sentido, los propios empresarios podrían asociarse para fraccionar estos costes, o incluso, podría encomendarse esta función al propio FOGASA - o un organismo a él vinculado - (por tanto financiado con las aportaciones empresariales) el encargado de emitir los informes preceptivos para justificar la resolución contractual.

esta cuantía sea inferior a la suma de la indemnización de 20 días y de los costes terciarios (especialmente, si no se ha hecho esfuerzo alguno por reducirlos). Lo que debilita la presunción del Legislador de que la declaración de improcedencia tenga su origen en un problema probatorio<sup>102</sup>. O, lo que es lo mismo, se incrementan las posibilidades de que la improcedencia tenga su origen en la debilidad del desequilibrio, esto es, en la ausencia de un motivo suficiente. Acercándose, en definitiva, a los supuestos de extinción contractual arbitraria. En tercer lugar, porque existe el peligro de que se trate de reconducir un despido hacia la figura de la resolución por ‘causas de empresa’ (especialmente, si se admite el reconocimiento de la improcedencia hasta la conciliación). Lo que, de suceder, abriría una brecha importante en la prevención de los costes primarios. Y, finalmente, porque con este sistema es el trabajador el que acaba financiando las dificultades del “agresor” para probar la existencia de un motivo resolutorio. En definitiva, los costes derivados de la imprecisión de la norma y de las dificultades jurisdiccionales para interpretarla se acaban repartiendo entre el “agresor” (se ahorra 12 días, pagando 13) y la “víctima” (deja de percibir 12)<sup>103</sup>. En definitiva, los costes derivados de la creación de empleo se imputan sobre los propios trabajadores.

La cuestión es si esta imputación de estos costes al trabajador queda compensada por el hecho de que esté contratado indefinidamente. En un primer nivel de análisis, teniendo en cuenta el colectivo al que va dirigida, podría entenderse que se trata de una medida positiva. Sin embargo, existen elementos que ponen en tela de juicio esta valoración. En primer lugar, porque con la reforma de 2006 de la D. Ad. 1ª Ley 12/2001, se ha desnaturalizado la pretensión inicial de fomentar la contratación de colectivos con dificultades de empleo, pues, ahora el ámbito subjetivo se ha ampliado a determinados contratos temporales<sup>104</sup>. En segundo lugar, porque el mensaje que el sistema jurídico está difundiendo es una invitación a que los agresores actúen ilícitamente. Lo que en un Estado de Derecho es intolerable (y, además, sumamente costoso), especialmente, si se hace a costa de las “víctimas”. Y, finalmente, porque, como se ha apuntado, esta respuesta legal es una clara “*fuentes de infelicidad*” de la sociedad en relación con el sistema jurídico (PASTOR PRIETO). Entender que un trabajador perteneciente a alguno de los colectivos a los que se refiere la D. Ad. 1ª de la Ley 12/2001, padece menos costes secundarios que otro trabajador por la extinción injustificada de su contrato es, cuanto

---

<sup>102</sup> En efecto, el hecho de que sea difícil probar la concurrencia de un desequilibrio contractual no quiere decir que esto suceda en todos los supuestos.

<sup>103</sup> Si el trabajador acaba percibiendo una indemnización superior a la que en un principio le correspondería por las dificultades de probar la concurrencia del desequilibrio contractual, no tiene porqué calificarse como ineficiente (por entenderse que se están imputando al empresario unos costes inmerecidos). El carácter tasado de la indemnización legal y el riesgo de que el trabajador no tenga derecho a la prestación por desempleo, hace de la infracompensación un fenómeno bastante habitual. Por ello, es posible que esta mayor compensación contribuya a una mejor distribución de los costes secundarios

<sup>104</sup> Derivado de lo anterior, porque en un sistema de contratación temporal sometido al principio de causalidad no existe libertad a la hora de escoger la modalidad contractual. Por lo que el empresario desde un principio, esto es, con independencia de que existiera o no el contrato de fomento de la contratación indefinida, debería contratar indefinidamente al trabajador.

menos, una falacia; que, además, no se justifica por la celebración de un contrato indefinido. Especialmente, cuando lo que facilita la norma es, precisamente, su extinción arbitraria (esto es, el retorno a la situación en la que se encontraba el trabajador con anterioridad a ser contratado).

ii.- En los supuestos de responsabilidad por riesgo la financiación de una parte de los costes secundarios derivados de la resolución del contrato por imposibilidad objetiva o excesiva onerosidad sobrevenidas está socializada. La única particularidad, con respecto a lo apuntado con ocasión del análisis de los costes secundarios en los supuestos de responsabilidad subjetiva del empresario por extinción injustificada del contrato, reside en el contenido del art. 51.15 TRET, así como en la exigencia del mencionado *plan de acompañamiento social*.

Sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación respecto de estas dos especificidades y sin voluntad de reiterar una idea ya expuesta con ocasión del análisis del fraccionamiento de los costes secundarios en los supuestos de responsabilidad subjetiva, parece muy necesario de que las prestaciones por desempleo, se distingan en función de la naturaleza de la causa de la extinción del contrato. Por otra parte, parece lógico que se establezca una categorización más precisa en función del riesgo (más allá de vigente en la actualidad). La existencia de un sistema de financiación más depurado que discriminara en función de los diversos riesgos existentes contribuiría a fomentar la prevención primaria y a aligerar las cargas financieras del resto de actores que operan diligentemente en el mercado de trabajo.

Centrándonos en las especificidades indicadas, la finalidad del Legislador contenida en el citado apartado 15 del art. 51 TRET es aliviar la carga económica que soportan los sistemas de financiación socializados de los costes secundarios. Es decir, pasar de un sistema de fraccionamiento total o de “buena bolsa” a otro personal. Lo que, paralelamente, tiene el inconveniente de que, al encarecer el acceso a un ERE, también puede repercutir en la utilización de esta modalidad extintiva (además de retraer la decisión empresarial de contratar a más plantilla). De hecho, para aliviar esta carga se admite varias fórmulas de fraccionamiento temporal<sup>105</sup>.

Sin embargo, como se ha apuntado, esta medida puede tener algunos efectos “colaterales”. En concreto, vamos a centrarnos en dos: por un lado, la norma incentiva al empresario a incluir en el ERE a los trabajadores que no cumplan con los requisitos del citado apartado 15. Fin, en principio, mediatamente perseguido por el propio Legislador, pues, los trabajadores mayores de 55 años tienen especiales dificultades para encontrar un nuevo empleo. Sin embargo, cuando los cesados sean trabajadores menores de 55 años, no se evitará que se desplacen los costes secundarios hacia los sistemas de fraccionamiento total o de “buena bolsa” (fin inmediato perseguido por la regla). Efecto que también se producirá, atendiendo al

---

<sup>105</sup> D. Ad. 31ª TRLGSS.

contenido de la D. Ad. 31ª TRLGSS, cuando los trabajadores que tengan 59 años y que tengan derecho a 720 días de prestación contributiva por desempleo. Y, por otro, el empresario tendrá más incentivos para tratar de llegar a un acuerdo con los trabajadores para pactar un mutuo disenso (como se observará en el apartado que sigue, la exigencia de una intervención administrativa y los costes que ello acarrea, impulsará al empresario a la búsqueda de fórmulas que le permiten soslayarla, y el mutuo disenso es la instrumento legal más idóneo).

De todos modos, repárese que la acción del Legislador no está siendo demasiado coherente, pues, conocedor de los efectos de la responsabilidad objetiva en la decisión de incrementar la actividad, en vez de fraccionar los costes secundarios hacia fórmulas socializadas (de fraccionamiento total o de “buena bolsa”), lleva a cabo medidas que pueden acabar traduciéndose en un incremento de su responsabilidad (indemnización de 33 días).

La segunda especificidad apuntada es la relativa al *plan de acompañamiento social*. Éste no es más que un sistema dirigido a financiar los costes secundarios derivados de la aceptación de un ERE, pasándose de un sistema de fraccionamiento total o de “buena bolsa” a otro individualizado. No debe olvidarse que, al igual que con lo previsto en el art. 51.15 TRET, esta medida puede repercutir en la decisión empresarial de incrementar su nivel de actividad. E incrementa las probabilidades de que, ante la constatación de que los costes derivados de la responsabilidad objetiva más los costes terciarios sean superiores a los costes derivados de la responsabilidad subjetiva, el empresario acabe decantándose por esta segunda opción. O bien, puede suceder que busque otras alternativas legales o “paralegales” más baratas.

La exigencia legal de su elaboración evidencia la voluntad social de no querer asumir los costes derivados del desempleo y, especialmente, de la recolocación de los trabajadores cesados, imputándose al sujeto causante del riesgo, origen remoto del ERE. En este sentido, tampoco puede obviarse que los ERE son situaciones que generan una cierta alarma social, especialmente, cuando se trata de deslocalizaciones y que, además, pueden derivar en altercados públicos. Hechos extraordinariamente costosos política y socialmente. En este contexto, se entiende que el Legislador trate de dar un “golpe de efecto”, a pesar de la repercusión que este tipo de “cargas” puede tener en la decisión empresarial de incrementar su nivel de actividad.

Además, existe el riesgo de que colapsen los (malogrados) servicios públicos de empleo. La cuestión es que si los organismos públicos de empleo fueran eficientes la importancia de estos planes quedaría notablemente reducida. De hecho, en la exigencia de un plan de acompañamiento social subyace la idea de que el empresario (probablemente a través de instituciones privadas) va a tener más éxito en la recolocación de los trabajadores desempleados o bien lo va a hacer a un coste menor (repárese que es una obligación que deja de ser asumida por los servicios públicos de empleo). En este sentido, debería exigirse a la Administración que llevara a cabo un control exhaustivo del cumplimiento de las políticas de

recolocación a las que se ha comprometido la empresa, porque, si no es así, al final es el trabajador el que acaba asumiendo la mayor parte de los costes derivados de la extinción del contrato.

En cualquier caso, lo que parece ser claro es que en el escenario jurídico español, si no existiera el plan de acompañamiento social, el fraccionamiento de los costes secundarios no es el adecuado. Lo que, de ser cierto, no se comprende el motivo por el que no se prevén medidas similares para el resto de supuestos resolutorios por excesiva onerosidad y, sobre todo, para los que el contrato se ha extinguido ilícitamente. Repárese que cuando se habla de extinciones injustificadas se pone de manifiesto que los incentivos legales existentes para que el empresario actúe en contra de la norma, aparentemente son mucho más poderosos que los existentes para disuadirlo de comportamientos socialmente indeseados. En cambio, la norma parece ser más exigente respecto del empresario diligente que ha sufrido un desequilibrio inimputable.

## ***2.2.- Facultad resolutoria del trabajador por excesiva onerosidad y responsabilidad por riesgo.***

Los arts. 41.3.2º y 40.1.4º TRET reconocen al trabajador la facultad de resolver el contrato por excesiva onerosidad, declarándose la responsabilidad por riesgo del empresario (aunque, como se sabe, sólo en determinados supuestos y con cuantías diferenciadas). Como se ha expuesto, el trabajador está facultado para resolver el contrato en los supuestos en los que, previa modificación contractual motivada por una excesiva onerosidad sobrevenida, las nuevas condiciones laborales quiebran el equilibrio contractual, provocando, a su vez, una excesiva onerosidad sobrevenida. Recuérdese que la acción reconocida al trabajador trata de paliar los efectos derivados de una alteración contractual que sobrepasa el límite (el riesgo valorado conforme a parámetros objetivos) previsto por el Legislador.

Inciendo sobre un planteamiento reiteradamente expuesto en este estudio, la posibilidad empresarial de alterar el contenido del contrato se admite en el ordenamiento jurídico español con el fin de garantizar la estabilidad en el empleo. Sin embargo, en tanto que la estabilidad no puede salvaguardarse a cualquier precio, cabe la posibilidad de que los cambios que propone el empresario, a pesar de estar justificados (por concurrir, las denominadas, ‘causas de empresa’) no sean asumibles por el trabajador (por reportarle mayores costes que beneficios), forzándole a extinguir el contrato. La cuestión está en determinar quién debe sufragar los costes secundarios derivados de la pérdida del empleo. Al tratarse de un supuesto de responsabilidad por riesgo, es claro que afectará a la decisión empresarial de incrementar su



actividad (y, por tanto, con una repercusión primaria), en este caso, la decisión de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

La solución que propone el Legislador es la siguiente: en los supuestos del art. 41 TRET el Legislador establece un listado de ciertos aspectos del contenido del contrato calificables como “sensibles” (apartados a, b y c), esto es, que en caso de ser modificados existe una mayor probabilidad a que no sean asumidos por el trabajador. Sin embargo, se trata de una mera presunción, pues, sobre el trabajador pesa la carga de la prueba de la existencia de una relación de causalidad entre la modificación contractual y el perjuicio que afirma padecer. Lo que, a fin de cuentas, se traduce en un desincentivo para instar la resolución, pues, el trabajador corre el riesgo de asumir total o parcialmente (si tiene derecho a alguna prestación por desempleo) los costes secundarios. En definitiva, persuade al trabajador a aceptar la modificación contractual y así continuar con su contrato de trabajo (repárese que al tener la carga de la prueba, asume una parte importante de los costes terciarios). Este efecto, es mucho más visible respecto del resto de modificaciones no subsumibles en ninguno de los apartados a), b) y c) del art. 41.1 TRET.

La filosofía que inspira el art. 41 TRET al respecto puede calificarse como paternalista, pues, implícitamente está dando a entender que por muy grave que sea el perjuicio sufrido por la modificación, en pocas ocasiones superará el que padecería el trabajador si perdiera el empleo. A no ser, que el trabajador demuestre lo contrario. Circunstancia que rebaja la intensidad preventiva primaria que la responsabilidad objetiva tiene sobre la decisión empresarial de incrementar el nivel de actividad, pues, reduce notablemente la probabilidad de ser declarado responsable.

En los supuestos del art. 40 TRET, la situación varía notablemente, pues, el Legislador no sólo estima que el carácter “sensible” de la modificación es indiscutible, sino que, además, la responsabilidad por riesgo del empresario se presume siempre (sin que el trabajador asuma los costes terciarios derivados de la carga de la prueba).

Finalmente, para el caso de que se declare la responsabilidad por riesgo, no se alcanza a comprender los motivos por los que el fraccionamiento de los costes secundarios no es el mismo (como se sabe, el máximo de la indemnización es nueve meses en el art. 41 TRET, y 12 meses en la movilidad geográfica).

## ***II.- Las reglas de inalienabilidad en el ordenamiento jurídico vigente.***

La interdicción del juego de mercado también rige en la legislación laboral española como medida de prevención frente al riesgo de perder el empleo. En efecto, en situaciones

muy específicas se estima que las partes contratantes no están en condiciones de valorar adecuadamente el nivel de riesgo, optándose por delegar esta decisión a un tercero. De hecho, el modelo preventivo actual participa de similares planteamientos a los previstos durante la II República, pues, no sólo se prevén reglas de inalienabilidad que operan en dos momentos diferenciados (*ex ante* y *ex post*), sino que también lo hacen en situaciones similares. Veamos a continuación cada uno de ellas.

### ***1.- La autorización previa para extinguir el contrato.***

La interdicción del juego del mercado mediante la intervención previa se prevé en cuatro situaciones diferenciadas: las resoluciones concursales; las resoluciones por ‘causas de empresa’ que tengan la consideración de “colectivas”; las motivadas por fuerza mayor; y las que tienen su origen en la extinción de la personalidad jurídica del empresario.

Tal y como se expuesto al analizar el régimen jurídico, debe establecerse una distinción entre las resoluciones concursales y las extraconcursoales, especialmente, porque las finalidades que se persiguen en cada supuesto son claramente diferenciadas.

#### ***1.1.- Intervención previa en los desequilibrios extraconcursoales.***

En las situaciones extraconcursoales, la necesaria autorización previa viene a evidenciar un hecho incontestable: el Legislador considera que el mercado no es el mejor método para fijar el precio de salida y, por ende, para determinar el nivel de riesgo socialmente óptimo. En definitiva, la intervención colectiva viene a evidenciar la idea de que el sujeto que se interpone en la decisión individual de las partes está en mejores condiciones de determinar qué es lo que más les conviene.

La cuestión está en averiguar si efectivamente esto es así. Es decir, lo verdaderamente trascendente está identificar quién está en mejores condiciones de saber qué es lo que más conviene a los contratantes afectados y a la sociedad en su conjunto; esto es, quién va a tener acceso el nivel de información más exacto para poder aproximarse con mayor precisión al nivel de riesgo socialmente más eficiente (o deseado).

En una primera aproximación, debe advertirse que el análisis de los diversos costes vinculados con la estabilidad en el empleo (primarios, secundarios y terciarios) pone de manifiesto que la discusión respecto de la idoneidad de la autorización previa es mucho más compleja de lo que en ocasiones se quiere presentar. Lo que se está dilucidando al discutir la

necesidad de una autorización previa no es sólo la restricción de la libertad de actuación de las partes, y, en especial, del empresario; sino, la necesidad de articular un sistema preventivo que irrogue en su valoración global el menor coste posible. Desde esta perspectiva, es evidente que el único sujeto a tener en cuenta no debe ser el empresario. Por otra parte, como se ha evidenciado a lo largo de este estudio, no sólo no toda intervención colectiva es sintomática de ineficiencia, sino que, en ocasiones, es el único método para alcanzar soluciones eficientes. La existencia de externalidades y los elevados costes de transacción son factores que también deben tenerse en cuenta y que, sin duda, justifican la restricción del juego de mercado. Sin olvidar, por otra parte, que la implementación de este tipo de medidas preventivas resulta extraordinariamente costosa desde un punto de vista terciario.

En contrapartida, si se dejara actuar al método de mercado o a una fórmula derivada del mismo, el principal inconveniente del control jurisdiccional *a posteriori*, reside en las dificultades de configurar un sistema de fraccionamiento de los costes secundarios eficiente que no sólo garantice una correcta (y adecuada) compensación al trabajador, sino que también tenga una incidencia en la prevención primaria adecuada.

No hace falta insistir mucho para darse cuenta que la posibilidad de hallar “la respuesta” a esta dicotomía es ciertamente remota (o sumamente compleja). Especialmente, porque se trata de una cuestión que se desarrolla en un contexto esencialmente político. En cualquier caso, en un plano estrictamente teórico, a partir de la legalidad vigente (verdadero termómetro de las preferencias de la sociedad – o de los grupos de presión), puede afirmarse - aunque no sea mucho - que la sociedad española estima que en estos supuestos los argumentos que están a favor de la autorización previa tienen un valor superior a los que se oponen a su idoneidad. Lo que, a pesar de no ser una garantía de eficiencia, sí que parece evidenciar que - por el momento - es el óptimo social. O, dicho de otro modo, entendemos que la intervención colectiva previa en estos supuestos genera menores perjuicios que los que se derivarían si la misma no se previera.

Sin duda, el potencial de este tipo de medidas de prevención específica, desde un punto de vista de la prevención primaria, es extraordinario y el coste que conlleva su puesta en marcha es (o parece ser) inferior al perjuicio que se evita con su implementación. Lo cierto es que, al igual que durante la II República, en tanto que la repercusión de estas decisiones empresariales excede con mucho del ámbito de las partes directamente afectadas, no parece (*a priori*) que el mercado sea el medio más eficiente para determinar cómo deben gestionarse los costes originados por estas decisiones empresariales. Aunque se haga pagando un elevado precio. Por tanto, la necesidad de velar por el interés colectivo que subyace en estas decisiones justifica el coste destinado a prevenir esta contingencia. De hecho, en un primer nivel de análisis, se desprende que la exigencia de una autorización previa genera menos costes

(gestionan mucho mejor el riesgo a perder el empleo) que un sistema regido por la libertad de actuación de los afectados y posteriormente monitorizado por los órganos jurisdiccionales<sup>106</sup>.

No obstante, si se analiza el procedimiento legalmente previsto, salvo en los supuestos de resolución por fuerza mayor, se observa que el sistema presenta algunas pautas contradictorias con este planteamiento. En efecto, como se sabe, iniciado el trámite se prevé un espacio en el que se admite la operatividad de la lógica transaccional: el período de consultas entre empresario y representantes de los trabajadores<sup>107</sup>. Como primera valoración, la posibilidad de que las partes negocien al respecto, a pesar de la voluntad del Legislador de monitorizar anticipadamente este tipo de decisiones empresariales, pone de manifiesto que se trata de un procedimiento muy costoso. Por lo que, es lógico que se busquen medidas que traten evitar la imposición de soluciones desde instituciones ajenas a las partes afectadas. Lo que, por otra parte, contradice la idea implícita en toda medida de carácter paternalista (el Estado sabe qué es lo que más conviene a los ciudadanos).

El período de consultas no es más que un espacio específicamente habilitado para que las partes negocien el nivel de riesgo que se desea asumir, esto es, el número de trabajadores afectados por la decisión extintiva; salvo en los supuestos de extinción de la personalidad jurídica del empresario, por razones obvias. En cambio, el precio de salida viene fijado legalmente; aunque, como se sabe, es bastante común que se acaben pactando precios superiores. Lo que no deja de plantear inconvenientes, pues, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad inimputable<sup>108</sup>.

El Legislador parece admitir que, dadas las dificultades para su concreción, las partes son las que *a priori* están en mejores condiciones para determinar el nivel de riesgo adecuado (solución óptima). Previéndose alternativas para el caso de que ésta no se dé. Es claro que el Legislador estima que estos mecanismos decisorios son mejores que si lo tuviera que decidir el empresario individualmente<sup>109</sup>.

La habilitación de un período de consultas, sin duda, describe un método decisorio inspirado en la lógica del mercado. No obstante, se trata de un proceso particular, pues, el Legislador tiene especial interés en que las condiciones de negociación se desarrollen en un

---

<sup>106</sup> Llegados a este estadio, podría plantearse la cuestión de si existen otros ámbitos en los que también sería deseable una autorización previa. Para un sector de la doctrina laboral en la actualidad la intervención previa es un mecanismo que sería más adecuado que el control judicial *a posteriori* en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos, op. cit.* (versión digital).

<sup>107</sup> En los supuestos de resolución por fuerza mayor el empresario tiene una obligación de comunicación a los representantes de los trabajadores. Como se sabe, no se trata de abrir un período de consultas, sino de poner en su conocimiento la decisión empresarial de solicitar la autorización para extinguir los contratos.

<sup>108</sup> Incrementándose los costes vinculados a un incremento de actividad así como la posibilidad de que la suma del coste de la responsabilidad objetiva más los costes terciarios sea superior a los costes derivados de la responsabilidad subjetiva.

<sup>109</sup> Lo que nos hace dudar los motivos por los que el legislador estima que el empresario lo está en los supuestos del art. 52.c) TRET.

plano de igualdad efectiva (o, al menos, eso es lo que pretende). Y, para ello impone determinadas obligaciones a las partes, entre las que resalta la obligación del empresario de suministrar información a los representantes de los trabajadores. La finalidad de estas exigencias no es otra que la de mejorar el sistema de prevención general, pues, van dirigidas a que se den las mejores condiciones para que el mercado funcione eficientemente (evitar la asimetría de información). Y la monitorización de la Administración al respecto también va en la misma dirección, pues, trata de asegurar la veracidad de la información ofrecida.

De todos modos, la Autoridad Laboral no es un mero espectador, sino que juega un papel muy importante (aunque, como se ha apuntado, sería deseable que legislativamente se previera que su intervención se desarrolle a lo largo de la negociación). De hecho, es frecuente que la propia Autoridad Laboral “fuerce” a las partes al entendimiento con la amenaza de no autorizar la medida que se propone si no se alcanza un acuerdo. Lo que, en muchas ocasiones, se traduce en una presión al alza del precio de salida.

Lo curioso del caso es que esta negociación no se articula como un trámite previo dirigido a evitar la puesta en marcha de todo el procedimiento y con ello reducir los costes terciarios, como sucede con la conciliación, sino que se desarrolla en el seno del mismo como una fase más (por tanto, una vez se ha puesto en marcha todo el costoso aparato procedimental). De hecho, a pesar de la existencia de un acuerdo entre las partes, la autorización sigue siendo preceptiva, especialmente, para monitorizar el contenido del acuerdo. Esto es, para velar que interés social implícito en este tipo de situaciones queda debidamente salvaguardado.

De lo que se colige que la principal pretensión del Legislador es que el Estado monitorice todo el proceso, aunque optando como mejor opción (la más eficiente) que sean las partes las que transaccionen libremente. Y para ello, se habilita un proceso de negociación en el que se tratan de superar las deficiencias que son propias de este proceso transaccional, en el que la amenaza de la no autorización de la medida actúe como un elemento persuasivo para alcanzar un acuerdo. En este contexto de monitorización estatal, el desarrollo paralelo de las diversas fases aspira a dar celeridad al proceso y así tratar de amortiguar la dilación que la intervención previa comporta (y reducir los costes secundarios y terciarios).

Repárese, por tanto, que la intervención colectiva en este supuesto no se produce sobre la convicción de que la prevención colectiva está en mejores condiciones para determinar el nivel de riesgo socialmente aceptado (al menos, no en un primer momento), sino para garantizar que las condiciones del método de mercado operan adecuadamente. Y, para el caso de que fracase (bien por falta de acuerdo o por la inadecuación del mismo) se estima que debe decidir un tercero en base a los diversos intereses concurrentes.

En definitiva, por tanto, tal y como se configura en la legislación española, se da una situación paradójica, pues, las reglas de inalienabilidad están previstas para obligar a las partes a que negocien según las reglas de mercado. Sólo en el caso de que el mercado fracase, se impondrá una solución desde una instancia ajena a las partes negociadoras. Desde esta perspectiva, ante la existencia de externalidades y los elevados costes de transacción, parece claro que un sistema preventivo articulado entorno a una regla de responsabilidad por riesgo (esto es, de mercado, parcialmente intervenido) acabaría dando pie a soluciones claramente ineficientes. Incluso, aunque el sistema previera un proceso de negociación con la representación de los trabajadores de carácter obligatorio, lo más probable es que también diera lugar a resultados ciertamente ineficientes, pues, sin la intervención del Estado es muy difícil que este proceso transaccional cumpliera con los elementos necesarios para ser eficiente. De hecho, si el Estado interviene en estos supuestos es porque estima que la solución paccionada es la mejor de las posibles, pero que, por defecto, este proceso de negociación no es eficiente.

Entonces, podría pensarse que, en realidad, el sistema está fomentando soluciones particularizadas, circunscritas a los intereses individualizados de empresario y trabajadores afectados, dificultándose, por tanto, que se den soluciones que atiendan al verdadero interés colectivo o público que concurre en estas situaciones (y que, a fin de cuentas, justifica el mecanismo de la autorización previa – prevención específica).

Sin embargo, existen dos argumentos que podrían emplearse para rebatir este razonamiento. En primer lugar, el hecho de que el acuerdo no libera a las partes de someter su decisión a la autorización de la Autoridad Laboral. Debiéndose entender que, cuando se limita a autorizar lo acordado, se hace porque dicho acuerdo satisface al interés social concurrente. O, de otro modo, si el interés social no quedara adecuadamente salvaguardado, debe presumirse que la Autoridad Laboral hubiera forzado a las partes a alcanzar un acuerdo satisfactorio o bien no se hubiera autorizado el pacto acordado<sup>110</sup>. Además, conviene no olvidarlo, el ERE autorizado, puede ser posteriormente revocado por un órgano jurisdiccional si se estima que la causa alegada no concurría efectivamente (procediéndose a la nulidad de las resoluciones efectuadas). En segundo lugar, la obligación de confeccionar un plan de acompañamiento social, es una forma de incorporar al debate la heterogeneidad de intereses concurrentes (individuales y sociales) y hallar una solución que trate de ser lo más eficiente atendiendo a todos ellos.

Un aspecto importante del sistema de autorización previa es que resulta muy costoso, especialmente, para el empresario. Lo que, como se ha avanzado, puede repercutir en la

---

<sup>110</sup> Ante la dificultad para apreciar la existencia de una violación de este tipo, la previsión del párrafo 2º del art. 51.5 TRET es una medida de prevención específica dirigida a ofrecer parámetros que faciliten la identificación de un tipo específico de situaciones en las que el interés social puede entenderse como violado.

decisión empresarial de incrementar su nivel de actividad. Y para cuando lo haya hecho, se erige en un peligro para la efectiva aplicabilidad de esta medida preventiva, pues, es un poderoso incentivo para buscar alternativas más baratas. Esto es, que se canalicen por otras vías situaciones que el Legislador desea que se resuelvan a través del proceso monitorizado por la Autoridad Laboral. Lo que no deja de ser paradójico, pues, la existencia de una norma jurídica se erige en un poderoso incentivo para que los sujetos afectados busquen su no aplicación a través de soluciones legales o “paralegales”. Por decirlo de algún modo, desde un punto de vista de la eficiencia, la norma empuja al empresario a buscar soluciones que resulten más eficientes desde el punto de vista de su coste de oportunidad.

Lo que genera una nueva reacción del Legislador para atajar las actitudes que se alejan del comportamiento socialmente deseado. En este sentido, la reacción legislativa frente a las soluciones “paralegales”, a nuestro modo de ver, no son lo suficientemente disuasivas como para doblegar los potenciales impulsos empresariales dirigidos a sortear la legalidad vigente. La previsión del párrafo 5º del art. 51.1 TRET y, especialmente, el hecho que no se califiquen como nulas las extinciones anteriores que no que superen los umbrales legales son una invitación a las actuaciones *contra legem*.

En cuanto a la existencia de alternativas legales, el problema se plantea con especial intensidad con respecto al mutuo disenso. Desde un punto de vista preventivo, este pacto, especialmente si va acompañado de cuantías indemnizatorias superiores a las legalmente previstas (al margen, por tanto, de otras ventajas que puedan pactarse), *a priori*, parece ser un sistema más eficiente que el de autorización previa previsto por el Legislador. En especial, porque el ahorro en términos de costes terciarios es notable, y porque el hecho de que el trabajador no tenga acceso a la prestación por desempleo (por haber extinguido el contrato voluntariamente) puede quedar parcialmente compensado por el mayor importe indemnizatorio que percibe (lo que, a su vez, se traduce en un ahorro para las arcas públicas). Sin embargo, sin perjuicio de los desajustes en términos de costes secundarios que este tipo de soluciones pueden originar en la esfera del trabajador directamente afectado, está claro que el gran perjudicado es el interés social, pues, la solución se desarrolla conforme a parámetros estrictamente individuales y de acuerdo con reglas transaccionales (con todas las imperfecciones que este tipo de procesos generan, especialmente, cuando existe una gran desigualdad entre las partes negociadoras).

A pesar de ello, el coste que supondría la satisfacción de este interés social sería extraordinariamente elevado, pues, exigiría el sacrificio de la libertad individual del trabajador a abandonar su puesto de trabajo en cualquier momento.

De todos modos, esto no quiere decir que no puedan preverse ciertas medidas legales que traten de corregir algunas deficiencias existentes al respecto. En este sentido, sería

fundamental que la norma estableciera una distinción entre las situaciones en las que la decisión del trabajador viene precipitada por una “invitación” del empresario y aquellas otras en las que la iniciativa es exclusiva del trabajador<sup>111</sup>. A partir de esta diferenciación, podrían establecerse varias medidas: podría posibilitarse que el trabajador tuviera acceso a las prestaciones por desempleo (o a una fórmula derivada atendiendo a la naturaleza de la situación); y/o bien, que se obligara al empresario a abonar como mínimo una cuantía económica superior; y/o bien, a exigir que la extinción del contrato fuera acompañada de alguna medida de “acompañamiento social”. En definitiva, el objetivo de estas medidas sería disminuir los incentivos del mutuo disenso, y para el caso de que no funcionen, prever instrumentos que traten de paliar las consecuencias (principalmente, el fraccionamiento adecuado de los costes secundarios) que se derivan de la no intervención de la Autoridad Laboral.

### ***1.2.- Intervención previa en los desequilibrios concursales.***

En las crisis concursales, la estabilidad en el empleo no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para velar por los intereses de los acreedores. En este contexto, la continuidad de los contratos de trabajo interesa en tanto que contribuya a satisfacer los intereses de los acreedores. La intervención del Juez del concurso puede interpretarse como un instrumento para reducir los costes de transacción entre todos los acreedores implicados. La centralización de todo el proceso en manos del órgano jurisdiccional aspira a facilitar una solución transaccional entre todas las partes implicadas.

En lo que concierne a la extinción de los contratos de trabajo, los planteamientos preventivos son los mismos a los analizados con ocasión de los desequilibrios extraconcursoales. La autorización previa es, sin duda, una medida de carácter paternalista. No obstante, la obligatoria celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores dibuja un espacio regido por las reglas del mercado, bajo la supervisión del órgano jurisdiccional. La preceptiva autorización del Juez del concurso, a pesar de la existencia de un acuerdo, así como su imprescindible intervención, para el caso de que no exista o de existir no sea satisfactorio, trata fundamentalmente de reducir los costes de transacción entre todos los sujetos implicados. Por tanto, esta intervención, a diferencia de los desequilibrios extraconcursoales, aspira fundamentalmente a salvaguardar el interés particularizado de los acreedores afectados por la insolvencia del deudor. A pesar de estas diferencias en el objetivo a

---

<sup>111</sup> Aunque su formulación legal y posterior control no es imposible, pues, como se sabe, el Derecho de la Seguridad Social, a sabiendas de la existencia de este tipo de “invitaciones” empresariales, hace una distinción entre la jubilación anticipada voluntaria y la involuntaria (art. 161.3.d y apartado 1.2º de la D. Tª 3ª TRLGSS).



seguir, ambos modelos convergen, pues, de nuevo, las reglas de inalienabilidad aspiran a sentar las bases necesarias para que el juego de mercado funcione eficientemente.

La cuestión, comparándolo con los desequilibrios extraconcursales, es si el Juez del concurso está en mejores condiciones para evaluar la pluralidad de intereses concurrentes que la Autoridad Laboral. En este sentido, parece que los Tribunales se encuentran en una situación de inferioridad, no sólo porque, como ha destacado la doctrina laboral, se trata de una atribución que se excede de las facultades jurisdiccionales propiamente dichas, sino porque, desde un punto de vista material, *a priori*, parecen existir mayores probabilidades de éxito si la decisión no pende de una sola persona.

## ***2.- La declaración de nulidad de la resolución contractual y la readmisión obligatoria del trabajador.***

La segunda regla de inalienabilidad prevista en el ordenamiento jurídico español con respecto a la estabilidad en el empleo se refiere a la readmisión obligatoria. La declaración de nulidad y la consiguiente readmisión obligatoria está prevista en el ordenamiento jurídico español (sin perjuicio de lo que pudiera establecer el convenio colectivo) en dos supuestos diferenciados: por vulneración de los derechos fundamentales (1.-); y por incumplimiento de determinados requisitos de forma en las resoluciones contractuales por excesiva onerosidad (2.-).

1.- En las resoluciones calificadas como atentatorias contra los derechos fundamentales, a pesar de la pretensión del “agresor” de pagar el “soborno”, incluso, aunque hubiera podido pactarlo con el “agredido”, no es motivo suficiente como para que el sistema jurídico permita este tipo de actividades.

De todos modos, a pesar de tratarse de medidas claramente antisociales, ello no justifica que todas las decisiones extintivas del empresario se sometan al control previo ante el temor de que alguna de ellas cobije una agresión de este tipo. Los costes que este tipo de medida acarrearían desaconsejan este tipo de medidas preventivas (a pesar de su eficiencia en términos primarios).

Por ello, a diferencia de la regla de inalienabilidad anterior, se opta por configurar la prevención alrededor del autocontrol de los individuos que potencialmente puede ser propensos a provocar este tipo de daños. En este caso, el control se efectúa *a posteriori*, lo que exige que el sistema jurídico se revista de suficientes elementos disuasivos como para, primero, disuadir al “agresor” de querer causar un perjuicio (y así alcanzar un nivel de “auto-represión” eficiente); y, segundo, tratar de compensar a la “víctima” como si la “agresión” no se hubiera

producido. En este sentido, el modelo vigente es similar al previsto durante la II República para las extinciones impulsadas por motivos políticos.

En la legislación laboral actual son varias las amenazas que penden sobre el empresario “agresor”: la readmisión automática del trabajador, el abono de los salarios de tramitación sin límite (no aplicación del art. 57 TRET) y la posible sanción administrativa son elementos inhibitorios nada desdeñables. Y, finalmente, la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios resulta en estos supuestos absolutamente justificada tanto por su eficacia preventiva primaria como secundaria. De hecho, no se comprende el largo silencio que el Legislador ha mantenido al respecto ni tampoco las reticencias de la jurisprudencia a admitirlo. Por otra parte, los elevados costes terciarios que este tipo de compensaciones suscitan quedan claramente compensados por tratarse de situaciones que repugnan a la sociedad. Al respecto, la denominada inversión de la carga de la prueba, paralelamente a la voluntad de ofrecer una tutela efectiva de los derechos que se pretenden proteger, también puede evaluarse como una medida dirigida a reducir los costes terciarios que este tipo de decisiones comportan<sup>112</sup>.

Un aspecto especialmente relevante al respecto, en particular, cuando las medidas persuasivas no han sido suficientemente efectivas, es la posibilidad legalmente reconocida de exigir, incluso con la coerción pública si fuera necesario, la readmisión del trabajador. Sin duda, se trata de una medida extraordinariamente costosa en términos de prevención secundaria (dilata la efectiva restitución de la víctima a su situación original) y terciaria (implica la puesta en marcha de todo el aparato jurisdiccional – incluso, de forma continuada en el tiempo). En este sentido, al igual que lo apuntado con anterioridad, convendría que el Legislador previera medidas coactivas más duras que trataran de atajar estos comportamientos tan costosos para la “víctima” y para las arcas del Estado (y la sociedad en su conjunto).

2.- La declaración de nulidad por incumplimiento de los requisitos de forma en determinadas resoluciones (art. 52 TRET - con las excepciones analizadas; y art. 51 TRET) también contienen una regla de inalienabilidad. Principalmente, el mantenimiento de esta medida (frente al tratamiento previsto para el incumplimiento de los requisitos de forma en los despidos), como se ha apuntado, es reforzar las garantías que la desaparición de la autorización previa supuso para las resoluciones por causa de empresa, hoy descritas en el art. 52.c) TRET. En cualquier caso, lo importante, a efectos preventivos, es que el Legislador adopta un posicionamiento claramente paternalista, por entender que a pesar de que las partes pudieran llegar a un acuerdo al respecto, el trabajador debe ser obligatoriamente readmitido. Criterio que, al igual que en las resoluciones con vulneración de derechos fundamentales, puede exigirse

---

<sup>112</sup> Como se ha apuntado (SEGALÉS FIDALGO y ZAPIRAN BILBAO) la inversión de la carga de la prueba constituye en estos supuestos el único medio para alcanzar una verdad procesal aceptable.

coactivamente a través de los órganos jurisdiccionales. En definitiva, el Estado afirma estar en mejores condiciones para determinar qué es lo que más conviene a los individuos.

Algo parecido sucede en los supuestos de ERE autorizado y posteriormente revocado por un órgano jurisdiccional. En tales supuestos, como ya se ha expuesto, la concurrencia del interés social, manifestada en la insuficiencia del desequilibrio alegado por las partes, se traduce en la imposición de una solución heterónoma, a pesar del acuerdo adoptado (y de la autorización concedida).

Sin embargo, en estas situaciones concurre un elemento diferenciador, pues, ha sido la Autoridad Laboral la que ha estimado que el interés social quedaba suficientemente salvaguardado con el acuerdo adoptado, o bien, con la decisión que ha tomado (para el caso de que no hubiera habido acuerdo). A pesar de ello, el órgano jurisdiccional se erige como el supremo valedor del mismo, o mejor dicho, en su mejor intérprete (en definitiva, en el que tiene el nivel de información necesario para adoptar una decisión más eficiente).

Los costes secundarios y terciarios que se derivan de la atribución de estas discrepancias a la jurisdicción contencioso-administrativa son verdaderamente elevados. La respuesta del TS, negando a los trabajadores el derecho a los salarios de tramitación, pero posibilitando que se queden con la indemnización entregada por el empresario, no sólo es controvertida desde un punto de vista jurídico, sino que, desde el punto de vista preventivo, no resuelve satisfactoriamente los problemas que pretende solventar. La principal finalidad del TS es repartir los costes secundarios provocados por la excesiva duración del proceso judicial. Pretensión que, a nuestro juicio, se desarrolla de un modo absolutamente inadecuado, especialmente, porque se imputa la mayor parte de los mismos sobre el trabajador (único sujeto, de los intervinientes, al que no se le puede atribuir ningún tipo de responsabilidad). En efecto, el empresario (único factor precipitante de la situación), sólo responde de la indemnización de 20 días, con un máximo de 12 meses. El trabajador (recuérdese que la extinción se ha declarado injustificada) pasa de percibir los salarios de tramitación devengados a lo largo del proceso judicial (menos la indemnización de 20 días, que debe devolver – según la interpretación jurisprudencial anterior), a percibir sólo la indemnización de 20 días. Y, finalmente, el Estado, a pesar de ser el principal responsable de esta situación, no asume, *a priori*, ninguno de los costes provocados por la lentitud de los órganos jurisdiccionales (salvo que alguna de las partes decida iniciar un costoso proceso jurisdiccional). Sin contar que esta interpretación jurisprudencial genera una elevada inseguridad jurídica.



#### ***D.- Recapitulación.***

Sin perjuicio de lo que se expondrá en las conclusiones finales que siguen (previa valoración – breve – de la denominada “*flexiseguridad*”), queremos poner de manifiesto que el presente epígrafe ha pretendido, en esencia, poner de manifiesto dos aspectos fundamentales. En primer lugar, que dentro de la teleología de las normas y de su coherencia intrínseca, la eficiencia es un elemento u objetivo que no debemos obviar por más tiempo. En un sistema regido por la escasez de recursos, resulta del todo irresponsable que se dicten normas sin valorar de un modo (más o menos) científico su impacto en la conducta de los individuos y, sobre todo, si “vale lo que cuesta”. En segundo lugar, desde esta perspectiva analítica, hemos tratado de evaluar el sistema de protección del empleo existente en el ordenamiento jurídico español, siguiendo el esquema preventivo propuesto por CALABRESI. Análisis que nos ha permitido vislumbrar, en primer lugar, la coincidencia en términos de instrumentos preventivos entre la II República y el régimen vigente; y, en segundo lugar, ha posibilitado la identificación de algunas incoherencias del modelo y nos ha permitido justificar algunas propuestas de *lege ferenda*.



#### ***D.- Valoración (crítica) de la ‘flexiseguridad’ desde la perspectiva preventiva del AED.***

La *flexiseguridad*, como se sabe, supone el tránsito de un modelo de relaciones laborales basado en la estabilidad a un modelo basado en la empleabilidad, entendida ésta como “la capacidad del trabajador de moverse dentro del mercado de trabajo pudiendo cambiar de puesto de trabajo fácilmente por su nivel de empleabilidad”<sup>113</sup>. O, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO, pasando a un sistema de seguridad en el (o de) empleo, facilitado por un sistema de seguridad social más flexible y por una política de empleo más proactiva, reparando la reducción de la seguridad del puesto de trabajo con el incremento de las oportunidades de empleo y la mejora de la protección social, reduciendo las consecuencias dramáticas o ‘calamitosas’ de la pérdida de un concreto empleo”<sup>114</sup>.

Sin duda, se trata de un debate extraordinariamente interesante, por cuanto que supone un replanteamiento de las categorías conceptuales sobre las que se ha articulado la tradicional política de protección del empleo, pues, se plantea el tránsito hacia la “seguridad de empleo”. Teniendo en cuenta que los contornos conceptuales del término *flexiseguridad* no están delimitados con precisión y que son posibles infinidad de medidas en su nombre<sup>115</sup>, nos resulta especialmente idóneo tratar de evaluar, desde la perspectiva preventiva del AED, las traducciones legislativas de estos planteamientos existentes en algunos países de la Unión Europea (en especial, Dinamarca)<sup>116</sup>, con el objeto de identificar sus posibles virtudes y defectos, a fin de enriquecer la discusión relativa a su posible exportación al sistema español.

Desde la perspectiva preventiva descrita en este trabajo, la esencia del modelo danés (cuyas coordenadas son: régimen de extinción del contrato escasamente rígido/protección social de desempleo generosa/eficientes medidas de política activa de empleo-sistema formativo de calidad), reside en una relajación sustancial de los mecanismos de *prevención primaria*, con el consiguiente fortalecimiento de los de *prevención secundaria* de carácter esencialmente socializador. Esto es, supone una redistribución de la responsabilidad, o lo que es lo mismo, un nuevo reparto de los costes derivados de la pérdida del empleo. Con la idea de que con ello no sólo se incrementa la demanda de trabajo, sino que además se garantiza su mantenimiento prolongado en el tiempo en niveles relativamente altos.

---

<sup>113</sup> LÓPEZ LÓPEZ. *La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de des-contractualización de la relación laboral*. RL n° 12, 2007, versión digital (La Ley 2114/2007). También puede consultarse el número monográfico sobre la flexiseguridad de la revista RL n° 15 y 16, 2007.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Flexiseguridad: debate europeo en curso*. RL n° 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2850/2007).

<sup>115</sup> Vid. al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Flexiseguridad: debate europeo en curso, op. cit.* (versión digital).

<sup>116</sup> Una sintética aproximación al sistema jurídico implantado en este país (así como en Holanda) en, LOI. *La función del riesgo en el paso de la seguridad a la ‘flexiguridad’, op. cit.* (versión digital).

La *flexiseguridad* plantea una reducción sustancial de la carga que asume el empresario, pasando a ser asumida por fórmulas socializadoras (por ejemplo, de seguro público). Es decir, aceptando fórmulas que agilicen de *movilidad externa*, a través de una reducción sustancial de las compensaciones económicas a abonar por la extinción injustificada o por la justificada en los supuestos de incumplimiento inimputable. Sin que ello, en principio, suponga un atentado al derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo constitucionalmente reconocido en el art. 35 CE. Sino que (si no se plantea en términos de desaparición del sistema de causalidad y no se alteran las garantías de procedimiento y de reparación) simplemente comporta una redistribución de los riesgos.

Para facilitar el análisis partimos de la base de que los costes derivados de la pérdida del empleo son fijos y lo que el sistema se limita a hacer, en realidad, es a distribuirlos entre diversos agentes. Por consiguiente, si se quiere mantener esta lógica, la *flexiseguridad* comporta que, en principio, la desaparición o suavización de la responsabilidad económica empresarial debería traducirse en un significativo avance en las políticas activas de empleo y, sobre todo, en la cobertura de la prestación por desempleo – incrementando su duración y/o su importe (pues, si no fuera así, acabaríamos imputando dichos costes sobre el trabajador). Si no fuera así, deberíamos colegir que la *flexiseguridad* no es más que un pretexto para acabar imputando al trabajador en mayor medida los costes de la pérdida del empleo. En este sentido, la evolución de la regulación de la prestación por desempleo en la legislación española se caracteriza precisamente por ir en el sentido contrario al que exigiría la adopción de las medidas de *flexiseguridad*.

Ahora bien, no hace falta insistir mucho para comprobar que la puesta en marcha y el mantenimiento de estas medidas secundarias es extraordinariamente costoso y que, por consiguiente, exigen un replanteamiento a fondo en la forma de imputar dichos costes. Es decir, conviene delimitar qué sujetos son los más idóneos para sufragarlos de modo que podamos alcanzar del mejor modo los objetivos propuestos. Lo que evidencia una circunstancia que no puede pasar desapercibida en este debate: para evitar que la *flexiseguridad* se acabe traduciendo en una disminución sustancial del estatuto protector del trabajador – o se convierta en un pretexto para ello –, estas medidas sólo pueden desarrollarse en economías con un elevado índice de riqueza y una política social consolidada y muy desarrollada<sup>117</sup>. Repárese, además, que en el modelo español, el necesario mantenimiento del sistema de extinción causal (constitucionalmente impuesto) impediría que la “relajación” de las medidas de prevención primaria fuera acompañada de una reducción sustancial de los costes terciarios (de su gestión y control jurisdiccional). Corroborando la evidencia de su extraordinario carácter costoso.

---

<sup>117</sup> De hecho, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO el modelo danés es difícilmente exportable. **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER**. *Flexiseguridad: debate europeo en curso*, op. cit. (versión digital)



Las fórmulas de imputación de los costes posibles (como ya se ha analizado) son múltiples, y pueden variar en función del objetivo que se persiga. Por ejemplo, puede decirse su imputación a los directamente implicados en el proceso productivo – trabajadores y/o empresarios - o bien a la sociedad en su conjunto. En cualquier caso, este cambio de planteamiento exige un incremento sustancial de la carga impositiva. Lo que, con toda probabilidad, tendrá una repercusión en la competitividad de las empresas o en la capacidad de consumo de los ciudadanos (lo que, a su vez, puede acabar resintiéndose la creación de empleo).

A su vez, no conviene olvidar que en función de la fórmula socializadora que escojamos, serán los ciudadanos en su conjunto o los empresarios y trabajadores diligentes los que acabarán costeando los comportamientos indeseados (o, incluso, socialmente reprobables). En otras palabras, la *flexiseguridad* plantea una rebaja sustancial de los elementos disuasivos dirigidos a contener las conductas socialmente reprobables, de modo que los potenciales “agresores” pueden “dañar” sin límite o bien a un nivel muy superior al que socialmente se estimaría como óptimo. Desaparecidas las medidas de prevención primaria existe el riesgo que se incremente el número de perjuicios cualificados.

Dando lugar a un nivel de costes secundarios, en principio, muy superior al deseado. Además, debe recordarse que el sistema de seguro puede dar lugar a las peligrosas “conductas descuidadas”. Fenómeno que acaecerá salvo que el sistema de seguro que se escoja acabe creando categorías o subcategorías de riesgo (en función de la propensión al riesgo de cada individuo o de colectivos de individuos), a fin de forzar al potencial “agresor” a adecuar su comportamiento (la intensidad) hasta la categoría de riesgo (y de prima) que le resulte económicamente asumible. En cualquier caso, a medida que se incrementara la especificación de dichas categorías, nos estaríamos acercando a un sistema de imputación individualizado (alejándonos, por consiguiente, de fórmulas socializadoras) - muy similar, en lo que a la prevención se refiere, a la indemnización por responsabilidad, aunque probablemente mucho más costoso en términos de prevención terciaria.

Por otra parte, si bien es cierto que el fortalecimiento de la prevención secundaria relativiza, en principio, este efecto, al menos para el trabajador puntualmente afectado por la decisión extintiva empresarial (pues, tiene garantizada una renta sustitutiva de su trabajo), no puede olvidarse que la dinámica que genera este modelo, o bien, conlleva un incremento sustancial de la carga impositiva (o la creación de categorías de riesgo más específicas), o bien, a la larga, puede traducirse en una reducción de la protección social por desempleo. O, lo que es lo mismo, que acabe proyectando una traslación de los costes al trabajador directamente afectado. A no ser que se afirme que la *flexiseguridad* garantiza el pleno empleo.

A nuestro modo de ver, el argumento del incremento de la empleabilidad del trabajador como mecanismo para reducir los períodos de inactividad del trabajador - como medida para

facilitar, en definitiva, los procesos de tránsito - (debidamente complementado por una - hipotética - mayor predisposición de los empresarios para contratar al reducirse los costes de la movilidad de salida), parten de un punto de partida muy discutible. Parece darse a entender que el factor que genera empleo es el propio trabajador; o, dicho de otro modo, que basta con que el trabajador tenga garantizado un nivel de empleabilidad alto como para hallar un empleo. Planteamiento que, a nuestro entender, no deja de ser una falacia.

Repárese, por otra parte, que el planteamiento de la *flexiseguridad* gravita alrededor de una premisa que la fundamenta y que viene pautando la evolución de la protección del empleo de un modo constante desde las últimas décadas: el principal factor causante del desempleo es el Derecho del Trabajo y, más concretamente, el conjunto de medidas que configuran la estabilidad en el empleo. Se da a entender que la existencia de un estatuto protector muy elevado de los que tienen empleo, es el principal factor que impide a los que no tienen acceso al mismo. De modo que para garantizar el acceso de estos últimos, los primeros deben renunciar a sus prerrogativas (teorías *insider – outsider*). O, dicho de otro modo, el elemento culpable de la retracción de la demanda de trabajo son las medidas legales dirigidas a proteger el empleo de los ya ocupados. De tal modo que si desaparecieran o se relajaran sustancialmente quedaría asegurada indefinidamente. Hipótesis, a nuestro entender, que de cumplirse, comportaría un alto coste social.

También convendría plantearse los efectos que tendría la *flexiseguridad* en un escenario de recesión económica. Repárese que el sistema de relaciones laborales basado en la estabilidad en el empleo se caracteriza por un determinado reparto de los costes, o dicho de otro modo, en la imputación de una parte importante del coste de mantenimiento del empleo a las empresas. De modo que son las organizaciones productivas las que acaban reteniendo el desempleo, al garantizar (forzadamente) el empleo de los trabajadores ya ocupados. En cambio, en un sistema inspirado en la *flexiseguridad* es el Estado el que acaba asumiendo la mayor parte de los costes o, lo que es lo mismo, exigiría un incremento de la carga impositiva notable (reduciendo negativamente en la creación de empleo al restar competitividad a las empresas o reduciendo la capacidad de consumo de los ciudadanos).

Otro aspecto a considerar es la repercusión que un modelo de relaciones de trabajo basado en estos planteamientos puede tener sobre la implicación del trabajador en la empresa y su productividad. Y, en este sentido, la experiencia española derivada de las altas tasas de temporalidad no parece ofrecer un resultado satisfactorio. Por otra parte, teniendo en cuenta que el propio modelo danés propicia una alta tasa de rotación, podríamos decir, estructural - incrementada probablemente por el hecho de que los trabajadores pueden ser obligados a aceptar las ofertas de trabajo del servicio de empleo -, la falta de implicación es un efecto (perverso) que no puede descartarse de la *flexiseguridad*. También convendría valorar su impacto

desde un punto de vista sociológico, y evaluar cómo afecta a la conducta del trabajador como individuo y a su entorno familiar más próximo. Y, en este sentido, los estudios sobre la materia han puesto de manifiesto su naturaleza absolutamente destructiva y claramente contraproducente<sup>118</sup>.

Finalmente, repárese que la *flexiseguridad*, lejos de rebatir la (peligrosa) lógica de la “competitividad” como mecanismo de protección del empleo acaba promoviéndola activamente, desplazándola a un estadio superior de optimización (confirmando su naturaleza insaciable).

En definitiva, de todo lo expuesto, no parece recomendable que los planteamientos de la flexiseguridad se exporten a nuestro modelo de relaciones laborales.

---

<sup>118</sup> *Vid.* al respecto, SENNETT. *La corrosión del carácter*, *op. cit.*



## **CONCLUSIONES: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

**Primera.-** La pérdida del empleo es un riesgo que afecta a todo empleado. Sin embargo, a pesar de sus efectos negativos, éste no puede mantenerse a cualquier precio. Como expone SUPLOT, el planteamiento es el siguiente: mientras que la garantía de los ingresos, y con ella la subsistencia, está directamente vinculada a la estabilidad en el empleo, en un contexto de libertad de empresa, la seguridad en el empleo sólo puede predicarse relativamente. La cuestión, entonces, radica en averiguar quién debe soportar los costes vinculados a la continuidad en el trabajo. Y, en este sentido, la “estabilidad en el empleo” es una respuesta a esta incógnita.

Pues bien, al inicio de este estudio nos hemos propuesto conocer cuál es el estado actual de la estabilidad en el empleo en el ordenamiento jurídico español. En definitiva, hemos intentado averiguar si se trata de un planteamiento jurídico en regresión, como mantiene un sector de la doctrina, o bien, todo lo contrario.

Para abordar este propósito, empleando como metodología analítica a la dogmática jurídica (o también denominada, “ciencia jurídica”), nos hemos propuesto conocer la anatomía de la estabilidad en el empleo. Lo que nos ha exigido tratar de dar respuesta a varias hipótesis de trabajo: la definición del concepto “estabilidad en el empleo” y, por consiguiente, la delimitación del objeto de nuestro estudio; las manifestaciones de la estabilidad en el empleo, desde la perspectiva de la Teoría General de las Normas, así como su engarce constitucional, y, finalmente, qué elementos jurídico-positivos promueven efectivamente la conservación del contrato de trabajo en el ordenamiento jurídico español. Hemos considerado que el estudio pormenorizado de todos estos aspectos nos iba a ofrecer una información lo suficientemente detallada como para determinar con qué intensidad se promueve la continuidad del contrato de trabajo y, por consiguiente, cuál es el “estado de salud” de la estabilidad.

Sin embargo, también hemos constatado que el estudio de las normas desde la perspectiva de la dogmática jurídica, esto es, a partir del sentido objetivo del derecho positivo, pese a ofrecernos mucha información acerca de este fenómeno jurídico, es incapaz de revelarnos la influencia de las normas sobre la conducta de los individuos. Lo que incide de un modo directo en el objeto de nuestro estudio, dado que dificulta la posibilidad de averiguar si el complejo entramado normativo existente dirigido a promover la continuidad del empleo alcanza los objetivos propuestos de un modo satisfactorio. Desde esta perspectiva, hemos

considerado que el método analítico de la economía puede erigirse en un instrumento de observación de la realidad jurídica extraordinariamente útil, especialmente, porque (a pesar de sus limitaciones e imperfecciones) puede ayudarnos a evaluar la intensidad con la que se protege la continuidad en el empleo y, en definitiva, su verdadero estado de salud, y porque puede contribuir a identificar si el modelo presenta alguna dinámica inadecuada y, sobre todo, si pueden plantearse alternativas mejores a las existentes.

En definitiva, en el presente estudio (dividido en dos partes) hemos tratado de ofrecer una aproximación científico-jurídica al fenómeno de la estabilidad en el empleo, desde la perspectiva de la dogmática jurídica así como del análisis económico del derecho.

**Segunda.-** Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, hemos centrado nuestra atención en varios aspectos de interés (o hipótesis de trabajo). Como primera tarea a realizar hemos considerado como absolutamente imprescindible especificar escrupulosamente el ámbito objeto de estudio. Especialmente, porque de este modo estaríamos en disposición de identificar los elementos que conforman su conceptualización jurídica; pudiendo, en consecuencia, rechazar aquellas dimensiones que, pese a ser próximas, no pueden, en puridad, calificarse como integrantes de la estabilidad en el empleo. Y, para ello, hemos considerado como factor discriminador determinante qué debemos entender cuando nos referimos al concepto de “estabilidad en el empleo”. En lo que concierne a la definición de esta expresión, entendemos que, genéricamente, se refiere al conjunto de instrumentos jurídicos que tratan de prevenir la pérdida del empleo. Concretando un poco más, la estabilidad en el empleo es una derivación del principio de derecho común de conservación del negocio jurídico que opera en el Derecho del Trabajo para atender a los diversos riesgos que sobrevenidamente pueden afectar a la continuidad del contrato de trabajo *a lo largo de la duración pactada*. De modo que, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, no atenta a la estabilidad en el empleo la posibilidad de celebrar un contrato sometido a término. Ni mucho menos. De entre los diversos argumentos esgrimidos, consideramos que hay uno muy significativo e ilustrativo del posicionamiento que defendemos. Si aceptamos que uno de los elementos más importantes que conforman la estabilidad en el empleo es el principio de extinción causal, no nos parece adecuado afirmar que la contratación temporal amenaza a la estabilidad en el empleo hasta el punto de neutralizarla, cuando el origen de este planteamiento reside en los contratos de duración determinada del Derecho común. Lo que no quiere decir que se esté obviando los problemas derivados de la excesiva tasa de temporalidad que padece el sistema español de relaciones laborales; sino que ésta es una cuestión que no puede ser resuelta desde los planteamientos teórico-jurídicos de la estabilidad en el empleo, por cuanto que está extramuros de sus contornos y, por ende, excede – si se nos permite - de sus “competencias”. Circunstancia que tiene un impacto directo en la

delimitación del objeto de nuestro estudio, pues, desde esta perspectiva, parece claro que el análisis jurídico de los contratos sometidos a término y las problemáticas vinculadas a la causalidad de la temporalidad y a la excesiva tasa de temporalidad del mercado de trabajo español han quedado al margen de nuestro análisis. Por motivos similares, tampoco hemos hecho referencia al régimen jurídico de la jubilación (pues, en puridad, no dejar de ser un término – jubilación forzosa -, o bien, un desistimiento del trabajador – jubilación voluntaria). Tampoco hemos hecho referencia a determinados supuestos de excedencia, por entender, que la continuidad en el contrato de trabajo no está garantizada.

**Tercera.-** Siguiendo con la delimitación del objeto de nuestro estudio, a lo largo de la exposición hemos tratado de poner de manifiesto que otra circunstancia de importancia capital. En tanto que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, se constata que frente a los potenciales factores que pueden amenazar su vigencia, la alteración sobrevenida de lo pactado se erige en el mecanismo idóneo para superarlos y, en la medida de lo posible, asegurar su continuidad. Si bien es cierto que existen numerosos estudios doctrinales relativos a las facultades de alteración de lo pactado, por lo general, han tendido a centrarse en manifestaciones particularizadas, sobre todo, de una de las partes contratantes (normalmente, el empresario). Sin embargo, analizando la realidad jurídico-positiva observamos que el conjunto de institutos que permiten la alteración de lo pactado a fin de salvaguardar la estabilidad en el empleo son muy numerosos; y, sobre todo, que el empresario no es quien tiene atribuido su ejercicio de un modo monopolístico. Sino que, en paralelo, el trabajador y el Estado también tienen atribuidas algunas facultades para alcanzar dicho fin.

Esta circunstancia desvela que si se pretende averiguar el *estado de salud* del principio de estabilidad es preciso abrir la perspectiva y hacer un enfoque que aglutine a la totalidad de instituciones que lo promueven. Este planteamiento desvela una conclusión de extraordinaria relevancia, desde la perspectiva de las facultades de los contratantes: si trabajador y empresario están legitimados para no respetar el contenido de lo inicialmente pactado, indiscutiblemente se evidencia que ambos están revestidos de una facultad de idéntica naturaleza. Tratando de hallar un fundamento que justifique dichas facultades, entendemos que el derecho al trabajo, *ex art.* 35 CE y, en concreto, la estabilidad en el empleo tienen un papel absolutamente medular, erigiéndose en la razón última de las facultades que legitiman el no respeto de lo pactado. El especial interés mostrado, desde antiguo, por el Derecho del Trabajo para posibilitar la alteración del contenido de lo pactado (y no de otras disciplinas del ordenamiento jurídico – o no con la misma intensidad), sólo cobra sentido en tanto que se entienda que éste es el principal mecanismo a través del cual se considera que mejor puede alcanzarse la protección del empleo existente, esto es, la estabilidad en el empleo.

Lo que quiere decir que el fundamento de los conocidos como *poderes empresariales de alteración sobrevinida de lo pactado* (esto es, *ius variandi*, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y resolución) no puede residir en el derecho a la libertad de empresa (ex art. 38 CE), porque esta teoría no sólo se centra en *una de las dimensiones* del fenómeno, sino que además, no parece estar preparada para dar una explicación conjunta que sea coherente con la complejidad de la realidad a la que se refiere el fenómeno de la estabilidad en el empleo.

**Cuarta.-** En lo que concierne a la delimitación de las manifestaciones jurídicas de la idea “estabilidad en el empleo”, hemos optado por seguir la matriz conceptual que describe la Teoría General de las Normas. Desde esta perspectiva, la conservación del negocio jurídico se proyecta en el Derecho del Trabajo de dos modos: como principio jurídico y, además, es la razón última o mediata que ha inspirado la configuración de las diversas instituciones jurídico-positivas que tratan de preservarla.

**Quinta.-** Desde un punto de vista constitucional, podemos afirmar, a pesar de la escasa información que se desprende del art. 35 CE y de los pocos pronunciamientos del TC al respecto, que la estabilidad en el empleo es una parte integrante del contenido esencial del derecho al trabajo; y que no sólo se refiere al sistema de extinción causal del contrato, como ha reconocido expresamente el TC, sino que también integra otras manifestaciones jurídico-positivas. En concreto, la conservación del contrato a pesar de su nulidad parcial, la limitación temporal del período de prueba, la tácita reconducción, el *ius variandi*, la continuidad del contrato en determinados casos de cambio de empresario y a pesar de la modificación unilateral de las condiciones de trabajo y la suspensión de la relación de trabajo son derivaciones de la estabilidad en el empleo que forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, como parte instrumental imprescindible o consustancial del principio de causalidad enunciado. La concreción de las causas o motivos que autorizan el ejercicio de estos instrumentos queda condicionada a lo que prevea el Legislador ordinario, en función de los objetivos marcados por la política de pleno empleo y el derecho al trabajo, así como por otros objetivos concurrentes, algunos, amparados también constitucionalmente.

Por otra parte, entendemos que el derecho a la readmisión del trabajador en caso de extinción injustificada y la restricción de la facultad de los contratantes para celebrar contratos temporales no forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, pues, el primero responde a cuestiones de economía procesal (y, por tanto, está vinculado a la tutela judicial efectiva) y el segundo – como hemos afirmado - no puede entenderse que pueda subsumirse en el concepto de estabilidad en el empleo.



**Sexta.-** Una de las cuestiones a las que hemos tratado de dar respuesta era la relativa a si en el ordenamiento jurídico-laboral existían elementos suficientes como para entender que la idea de la estabilidad en el empleo operaba como *principio jurídico*. Y, al respecto, sobre la base de las funciones que prototípicamente se les atribuyen a esta categoría de normas, hemos optado por un posicionamiento afirmativo, pues, la idea de la conservación del contrato de trabajo participa de todas ellas. Sin que esta afirmación quede desvirtuada por el hecho de que el *principio de estabilidad en el empleo* no se recoja explícitamente en ninguna norma del ordenamiento jurídico, careciendo de un enunciado legal explícito. Lo que, por otra parte, tampoco obsta que deba defenderse su amparo constitucional (*ex arts. 1.1, 35 y 40 CE*).

Sin embargo, el análisis de esta manifestación de la estabilidad no hubiera quedado debidamente completado, si no hubiéramos tratado de determinar cuál era su contenido. Pues bien, a partir de un análisis deductivo del contenido de las normas jurídicas, hemos podido comprobar que la necesidad de preservar el contrato de trabajo como medio para asegurar la supervivencia biológica del trabajador y de su familia, como principal mecanismo para garantizar la paz social en las sociedades industrializadas, es un planteamiento jurídico-político que se gesta en las primeras décadas del siglo XIX y se corporiza durante la II República. Momento en el que adquiere la condición de principio jurídico vertebrador del Derecho del Trabajo.

Este objetivo, la supervivencia por medio del trabajo asalariado, ha permanecido como una constante invariable a lo largo de las sucesivas décadas, hasta nuestros días. Lo que ha permitido al Legislador centrarse en otro orden de cuestiones. En concreto, en un análisis en perspectiva (a partir de la evolución del régimen jurídico de las instituciones jurídico-positivas que promueven la conservación del contrato), podemos afirmar que el interés se ha focalizado en la identificación de las fuentes de inestabilidad que amenazan la continuidad del contrato y que vale la pena evitar, en determinar la intensidad con la que se quieren prevenir su advenimiento y, en consonancia, en articular los mecanismos jurídicos más adecuados para alcanzar dicho objetivo. Lo que, paralelamente, pone de manifiesto su carácter dinámico.

En cuanto a los riesgos que afectan a la continuidad del contrato de trabajo y frente a los cuales el ordenamiento jurídico-laboral ha tratado de dar respuesta, podemos afirmar que, tras una primera etapa en la que se trata de neutralizar las fuentes de inestabilidad de raíz (o tradición) liberal decimonónica, adaptándolas a las particular naturaleza del contrato de trabajo, el Derecho del Trabajo se ha centrado (casi) monopolísticamente a prevenir los efectos de un único riesgo: el derivado de las fluctuaciones de los ciclos económicos y (particularmente, en las últimas décadas) a los *avatares* de naturaleza económico-productiva que afectan a la organización productiva. No obstante, con el fin de la Dictadura (aunque con un precedente remoto en la II República), se produce una ampliación del foco de atención, pues, con la

democratización de las relaciones de trabajo y la necesidad de preservar los derechos fundamentales, emergen nuevos riesgos que amenazan a la continuidad del contrato de trabajo y que conviene atender debidamente. Cambio de orientación que, desde una perspectiva jurídico-positiva, se perfecciona en dos fases: tras una primera etapa en la que adoptan las medidas imprescindibles para garantizar el ejercicio de determinados derechos fundamentales estrechamente vinculados a las relaciones de trabajo, a continuación, le sucede un lento pero progresivo incremento de la protección normativa frente a dimensiones específicas de dichos riesgos - conciliación de la vida familiar y laboral y violencia de género -, alcanzando un nivel de desarrollo notable en nuestros días.

La proclamación de la existencia de un principio jurídico-laboral que promueve la continuidad del contrato de trabajo ha tenido un impacto desigual. Si bien ha sido y es un factor esencial en el desarrollo positivo del Derecho del Trabajo, su incidencia como criterio hermenéutico está siendo, más bien, escasa. Es probable que la explicación a este fenómeno se encuentre en el hecho de que se trata de un planteamiento que goza de una alta densidad jurídico-positiva. Lo que ha “reducido” la labor interpretativa de los Tribunales.

**Séptima.-** Una vez demostrada la incidencia de la estabilidad como un *principio jurídico* en nuestro ordenamiento jurídico, así como su contenido, nuestro interés se ha centrado en averiguar la intensidad con la que se protege la continuidad en el empleo. Y, para ello, nos hemos propuesto identificar los factores presentes en cada una de los institutos jurídicos que efectivamente la promueven. Lo que ha centrado la mayor parte de nuestro análisis.

Como premisa de partida, debemos tener en cuenta que el número de instituciones que tratan de preservar la continuidad del contrato, en su conjunto, delimitan la intensidad con la que se quiere proteger el empleo en el ordenamiento jurídico español. Y, atendiendo a su número, importancia y evolución reciente, parece claro que la estabilidad en el empleo goza de un buen estado de salud en el ordenamiento jurídico español, pudiéndose afirmar, incluso, que se encuentra en plena expansión. Sin embargo, no podemos afirmar que la intensidad de esta estabilidad sea la proyección del nivel de seguridad en el empleo deseado por la sociedad española. Lo cierto es que el sistema de protección del empleo español se caracteriza por una notable descoordinación político-legislativa. Si la intensidad con la que se promueve la estabilidad en el ordenamiento jurídico español pudiera medirse (cuantificarse), es claro que el resultado final no sería la proyección de un previo análisis pormenorizado de  *fines y medios para alcanzarlos*; sino que, entendemos, desvelaría un proceder no premeditado; o, con otras palabras, con altas dosis de improvisación. Lo que explicaría su evolución arrítmica y descompensada, en la que se han ido acumulando medidas de protección del empleo, dibujando un esquema “parcheado”, sin coordinación alguna. En definitiva, la estabilidad en el empleo es una suma de

instituciones individualizadas sin formar un todo, una unidad o sistema. Y todo ello no es más que la consecuencia de una política legislativa que no ha sido capaz de marcar anticipadamente las directrices a seguir: esto es, qué nivel de empleo está dispuesta a conservar la sociedad española, qué precio se quiere pagar por ello y, en consecuencia, qué medios son los más idóneos para alcanzar dichos objetivos. En definitiva, no es el resultado de un proceso reflexivo colectivo sobre el grado con la que se quiere proteger la continuidad del contrato de trabajo y del precio que se quiere pagar por ello.

Entendemos (y el análisis de la evolución histórica así lo demuestra) que las instituciones jurídicas existentes son la proyección de valoraciones particularizadas que tratan de dar respuestas atomizadas a problemas puntuales, sin incardinarse en una acción planificada y ordenada de conjunto. Por todo ello, no podemos afirmar que en el ordenamiento jurídico español exista un *sistema* de protección del empleo. Es cierto que la heterogeneidad de los riesgos que tratan de evitarse no ha contribuido a ofrecer una ordenación normativa coherente con las demandas sociales de estabilidad. Ni tampoco que se haya construido de un modo “aluvional”, a partir de la suma de sucesivas e intermitentes conquistas, fruto de las presiones y fluctuaciones sociales, políticas y económicas así como de sus sobrevenidas variaciones. Ahora bien, sin negar la incidencia de estos factores en la asistematicidad denunciada, no se comprende los motivos por los que, desde un punto de vista político no exista una *estrategia integral* para preservar el empleo. En cambio, se constata que la desorientación en la política legislativa es considerable, pues, bajo la bandera del fomento de la estabilidad se han promovido reformas legislativas referidas a una dimensión que, en puridad, están alejadas de su órbita conceptual.

**Octava.-** La necesidad de reducir a unidad sistemática las diversas hipótesis pensables de promoción de la conservación del contrato ha sido una tarea imprescindible en nuestro propósito de evaluar la intensidad con la que se promueve la conservación del contrato de trabajo; o, al menos, para tratar de mitigar los efectos derivados de la descoordinación político-legislativa denunciada. La descripción del mapa (o universo) de la estabilidad es una tarea *sine qua non* para tratar de colocar en un mismo plano planteamientos jurídico-positivos ciertamente heterogéneos, y así determinar el grado con el que se trata de mantener el empleo. Tarea que nos ha permitido también llevar a cabo una labor comparativa; y, en especial, con otros modelos de protección del empleo en la historia del Derecho del Trabajo español.

La propuesta de sistematización se ha articulado en base a tres elementos descriptores: la naturaleza dogmática del riesgo que amenaza la estabilidad del contrato; el instrumento jurídico creado para sobreponerse a dicha fuente de inestabilidad; y, finalmente, el sujeto al que se le atribuye dicho instrumento.

Dejando al margen el último descriptor, en lo relativo al primero, podemos afirmar que las categorías dogmáticas que fundamentan la alteración de lo pactado son: el incumplimiento imputable, la imposibilidad objetiva, excesiva onerosidad, decisión imperativa del Legislador y la libertad de empresa (para los supuestos de cese de la actividad empresarial). Y, en cuanto a los instrumentos (segundo descriptor), el ordenamiento jurídico laboral ha tratado de sobreponerse mediante cuatro categorías de instrumentos jurídicos: la sobrevenida ‘modificación’ de lo pactado (entendida en términos amplios); la excepcionalidad del juego resolutorio con carácter temporal; acotación de la ineficacia contractual; y la previsión de un control previo a la ejecución de todos o alguno de estos instrumentos (administrativo o jurisdiccional). Modelo fuertemente inspirado por la experiencia legislativa de la II República. De hecho, podemos afirmar que este esquema se ha mantenido prácticamente sin solución de continuidad desde ese momento. Evidenciando, por un lado, la importancia histórica de esta etapa de la Historia del Derecho español, al menos, en lo que a la estabilidad en el empleo se refiere; y, por otro, las dificultades para enfrentarse de un modo innovador a las diversas contingencias que afectan a la vigencia del contrato de trabajo.

**Novena.-** Desde un punto de vista dogmático, de entre todas las categorías descritas, destaca especialmente la excesiva onerosidad, no sólo por la conflictividad doctrinal que suscita, sino por su reconocimiento jurídico-positivo en el ordenamiento laboral y, sobre todo, su estrecha vinculación con la estabilidad en el empleo. Lo que justifica que hayamos realizado un extenso y pormenorizado estudio. Ésta puede definirse como un defecto funcional de la causa del contrato motivada por hechos *imprevistos* (y no sólo los de naturaleza crítica), que da lugar a un exceso del *alea* normal previsto en el contrato y que rompe con la equivalencia de las prestaciones (que no debe entenderse en términos estrictamente monetarios, sino de igualdad de valor o utilidad equivalente).

El propósito de la excesiva onerosidad es excepcionar la regla *pacta sunt servanda* y, por ende, relegar a un segundo plano la soberanía de la autonomía de la voluntad, en aras a la continuidad del negocio jurídico. De hecho, es difícil hallar en el Derecho del Trabajo español un supuesto de onerosidad sobrevenida excesiva que no esté directamente vinculado a la idea de continuidad del negocio jurídico o de la organización de la actividad productiva y del resto de contratos a ella vinculados. Sostenemos que la tesis de la excesiva onerosidad refuerza la lógica tuitiva jurídico-laboral, de modo que, en sustancia, presenta más afinidades con la lógica del Derecho del Trabajo que respecto a los postulados fundamentales del Derecho civil español. Por lo que lejos de hacerla extraña a la lógica laboral, cabría pensar si no lo es de la civil.

Defendemos la perfecta adscripción de esta categoría dogmática a la lógica del Derecho del Trabajo, respecto de las vicisitudes que afectan al trabajador y al empresario; entendiendo, respecto de éste último, que las denominadas “causas de empresa” pueden subsumirse perfectamente en ella. Circunstancia que es especialmente visible a partir de 1994 (momento en el que finalmente un cuerpo normativo asume su delimitación conceptual fuera de órbita de la imposibilidad objetiva). Lo que quiere decir que responden a postulados dogmáticos contractualistas, centrándose, consiguientemente, en la “crisis” del contrato; sin que ello impida que pueda adaptarse a lecturas fisiológicas de la situación de la empresa.

La aceptación de la tesis de la excesiva onerosidad requiere tener en cuenta cuatro coordenadas conceptuales: en primer lugar, que la existencia del propio contrato de trabajo no puede comprenderse aisladamente, sino sobre la base de la *situación organizativa de la empresa*, sin que esto implique que deje de ser un contrato de cambio. En segundo lugar, que resulta más bien difícil afirmar que la prestación del trabajador es sólo de *medios* y en ningún caso de *resultados*. En tercer lugar, es importante resaltar el papel de la “empresa” en la dinámica de la salvaguarda de la continuidad del negocio jurídico, como institución nuclear a quien se confía la estabilidad en el empleo. Afirmamos que la “empresa” adquiere una función jurídico-pública que imposibilita que pueda identificarse exclusivamente con el interés individual de su propietario, pues, se le adjudica la función de satisfacer un interés público: la protección del empleo. Planteamiento que *inocula* en el ordenamiento jurídico a partir de 1931 y que ha permanecido vigente hasta nuestros días, salvo en lo relativo al *modo* de garantizar la continuidad de la actividad productiva, hoy vinculada a la promoción de la *competitividad*. Lo que lleva a una organización de la actividad productiva cada vez más flexible, de atención inmediata a los requerimientos del mercado. Sin olvidar que la *competitividad* es un concepto económico y de naturaleza “peligrosa”, por cuanto que promueve la consecución de resultados siempre optimizables y, por consiguiente, siempre contingente. Y, finalmente, parece evidente que el único motivo que – en coherencia - puede justificar el interés del Derecho del Trabajo por la competitividad de la organización productiva no puede ser otro que la voluntad de potenciar su continuidad, pero no para satisfacer las pretensiones del empresariado, sino para garantizar con ella la de los contratos de trabajo a ella vinculados.

Sin embargo, desde la perspectiva de la política legislativa, la teoría de la excesiva onerosidad plantea numerosos problemas. El principal es que no parece técnicamente posible crear una regla jurídica que sea capaz de identificar adecuadamente las situaciones en las que se supera el *alea* normal previsto y que abarque a la totalidad de situaciones a las que quiere darse una respuesta jurídica. El temor a la discrecionalidad empresarial ha llevado a exigir un juicio de razonabilidad de naturaleza prospectiva, difícilmente evaluable desde un punto de vista jurídico. Sin que, por otra parte, la *secuencialidad* que caracteriza a las facultades de alteración del

empresario, pese a denotar la existencia de una graduación, haya contribuido excesivamente a clarificar este concepto. La ausencia de una marca fija sobre la que construir la graduación relativiza ostensiblemente todo el proceso. Lo que ha impulsado al Legislador a describir la excesiva onerosidad en términos muy genéricos, principalmente, por temor a que el celo clarificador acabe asfixiando la actividad económica. La cuestión es que esta solución ha provocado una reacción en cadena cuyo resultado no parece ser el más adecuado. En efecto, la indefinición legal se ha traducido en el desplazamiento de la concreción de la norma hacia la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales, quienes han asumido parecidos temores a los del Legislador. La ausencia de parámetros hermenéuticos clarificadores ha convertido a muchos pronunciamientos judiciales en procesos imprevisibles y de comprensión jurídico-deductiva compleja. De hecho, según el caso, pueden identificarse interpretaciones del sentido de la norma escasamente compatibles. Aunque entre los órganos jurisdiccionales existe una cierta predisposición a una conceptualización más bien flexible.

En definitiva, los perfiles de esta categoría dogmática y las características de la norma han acabado atribuyendo a los Tribunales funciones que exceden de la tarea jurisdiccional que les es propia. Y, en el plano individual, han terminado describiendo una facultad empresarial de amplio espectro. Si, además, se le añade que la “competitividad” es un concepto siempre optimizable, se acaba describiendo una lógica operativa inspirada en una especie “chantaje” permanente, en el que se empuja al trabajador a tener que aceptar los desequilibrios provocados por la propia alteración contractual, con tal de no perder el empleo, o bien, de facilitar el de sus compañeros. Sin embargo, ello no debe evaluarse como una deficiencia o un elemento patológico en el modelo de conservación del negocio jurídico, pues, en un sistema legal orientado hacia la “competitividad”, éste es el precio que debe pagarse para garantizar la continuidad del contrato de trabajo.

**Décima.-** Descritas las categorías dogmáticas de las fuentes de inestabilidad, y siguiendo con nuestra intención sistematizadora, hemos centrado el análisis en el estudio de los “instrumentos” jurídicos creados por el ordenamiento jurídico laboral para tratar de sobreponerse a las contingencias que amenazaban a la continuidad del contrato. En concreto, hemos considerado que éstos pueden agruparse en cuatro categorías conceptuales: la sobrevenida *‘modificación’* de lo pactado (entendida en términos amplios); la *excepcionalidad* del juego resolutorio con carácter temporal; acotación de la ineficacia contractual; y la previsión de un control previo a la ejecución de todos o alguno de estos instrumentos (administrativo o jurisdiccional).

El análisis de la normativa nos ha permitido constatar que todos y cada uno de estos instrumentos están a disposición de trabajadores y empresarios (aunque en situaciones de

riesgo diferenciadas y bajo unas condiciones de ejercicio también distintas). Lo que encumbra indiscutiblemente al art. 35 CE como referencia icónica de las facultades de alteración contractual reconocidas a los contratantes, desvelando, en paralelo, la naturaleza bilateral (o recíproca) de la flexibilidad.

El reconocimiento de amplias facultades de alteración al trabajador supone un acercamiento en las posiciones de fuerza de los contratantes, relegando el interés del empresario a un segundo plano y fortaleciendo el papel de la empresa como eje medular de la estabilidad en el empleo. Planteamiento absolutamente novedoso y, probablemente, revolucionario. La sujeción del contrato a la satisfacción de intereses colectivos, si bien no es novedoso (pues, se viene admitiendo para asegurar la continuidad de organización productiva y con ella, la de los empleos a ella vinculados), sí lo es, cuando se trata de satisfacer ciertos aspectos de la vida privada del trabajador, que (sin duda) tienen una importante repercusión en el bienestar colectivo. Y, lo cierto es que éste es un planteamiento que, pese a su tardía aparición, está adquiriendo un protagonismo cada vez mayor. Por ello, defendemos su importancia capital en la protección del empleo, marcando un punto de inflexión en su evolución (tradicionalmente construida alrededor de los intereses de una sola de las partes – el empresario) y evidenciando claramente su tendencia expansiva.

En su conjunto, los diversos *instrumentos* atribuidos a trabajadores y empresarios, así como la habilitación para su ejercicio, no están graduados en función de la naturaleza del riesgo ni de la intensidad con la que la continuidad del contrato está amenazada. Su reconocimiento, por el contrario, responde a objetivos más o menos genéricos, pero, por lo general, parcelados y particularizados en función, normalmente, de la naturaleza del riesgo que se quiere prevenir. La excepción a este fenómeno la encontramos con las “facultades de alteración” reconocidas al empresario cuando concurren desequilibrios contractuales motivados por ‘causas de empresa’, pues, responden a una lógica secuencial (o de alineamiento funcional) y al principio, “quien puede lo más, puede lo menos” (a pesar del criterio de la STC nº 213, 21 de julio 2005).

**Undécima.-** Descendiendo al análisis de cada uno de los “instrumentos” citados y, más concretamente, a los factores de cada una de las instituciones que promueven la estabilidad, hemos podido comprobar lo siguiente.

En los supuestos de “modificación” (recuérdese, entendida en términos amplios), se trata de habilitar a las partes para sustraerse de lo acordado como medida para asegurar la adaptación a los cambios y, en determinados supuestos, facilitar en la medida de lo posible evitar *movilidad externa*. Sin duda, se confirma como excelente mecanismo para prolongar la vigencia del contrato. Lo que no debe llevar a pensar que el contrato de trabajo es absolutamente maleable. El sometimiento de esta facultad “modificatoria” a la concurrencia de

una causa o motivo delimita (o cuantifica) la intensidad de esta maleabilidad (socialmente aceptada); y, a su vez, se erige (junto con el control judicial) en el principal mecanismo de monitorización de una facultad que, pese a ser beneficiosa en términos de estabilidad, resulta extraordinariamente peligrosa para el tráfico jurídico. De hecho, sería un error partir de la base de que la estabilidad en el empleo es, *per se*, siempre positiva, porque, como ya hemos aseverado, la vigencia del contrato no puede mantenerse a cualquier precio. No obstante, lo cierto es que en la actualidad las facultades modificatorias del empresario están planteadas en términos ciertamente amplios (en contraste con las del trabajador), en aras a asegurar la flexibilidad exigida por la competitividad (dinámica en la que la interpretación judicial está jugando un papel destacado – en ocasiones, “al límite” de la legalidad). Lo que, ante el (lógico) carácter restrictivo de la resolución por excesiva onerosidad del trabajador, condena al trabajador a asumir la mayor parte de los costes derivados de la modificación.

En lo que a los mecanismos de “modificación” *a instancia* del Legislador, podemos afirmar que en el actual proceso de cambio de las formas organizativas y de descentralización productiva, el régimen jurídico de la subrogación del empresario se ha convertido en un “invitado inesperado” en la protección del empleo. Sin que, a fecha de hoy, pese a los esfuerzos por actualizar esta vieja regla al nuevo escenario, las respuestas legales y judiciales estén ofreciendo un nivel de garantías satisfactorio (existiendo algunas vías de escape de alcance que relativizan notablemente la eficacia de esta medida conservacionista). En cuanto al resto de medidas de “modificación” impuestas por el Legislador, podemos afirmar que tienen una incidencia poco relevante en la efectiva protección del empleo; bien, porque el riesgo no parece ser muy frecuente (nulidad parcial); o bien, porque el cauce procedimental para su puesta en marcha no parece ser todo lo ágil para que su uso estuviera más generalizado (riesgo durante el embarazo o la lactancia).

**Undécimo primera.-** Siguiendo con la descripción de los “instrumentos” habilitados para garantizar la continuidad, hemos comprobado que la suspensión de la relación de trabajo, como medio que posibilita la exoneración temporal de la lógica resolutoria, responde claramente al propósito de promover la continuidad del negocio jurídico frente a determinadas fuentes de inestabilidad de naturaleza obstativa y temporal. No obstante, dejando al margen los problemas conceptuales motivados por una técnica legislativa deficiente – en lo conceptual y lo sistemático -, este planteamiento también se ha mostrado especialmente adecuado para garantizar el ejercicio material de determinados derechos fundamentales que, por sus características de ejercicio, pueden “solaparse” con el desarrollo de la actividad profesional y el cumplimiento de lo pactado. Desde la perspectiva de la política legislativa, el conflicto siempre presente al hablar de la suspensión es el de determinar en qué momento el incumplimiento



temporal pasa a ser definitivo, por un lado; y si, en el *interin*, es posible ofrecer al trabajador una renta substitutoria que garantice su subsistencia, por otro. Aspecto este último especialmente relevante en los casos de IT del trabajador, por cuanto que ha acabado invadiendo la esfera del primero, condicionando absolutamente su régimen jurídico.

Los derechos fundamentales y sus manifestaciones derivadas se están convirtiendo en el principal motor de cambio de este instrumento de protección del empleo, contribuyendo en paralelo a enriquecer el haz de facultades a disposición del trabajador. Las mejoras en lo que a la suspensión por maternidad y para el cuidado de familiares y la creación de la suspensión por violencia de género y por paternidad (pese a la existencia de ciertas deficiencias e incoherencias) evidencian el papel de la conservación del contrato (y, en definitiva, del empleo) como instrumento de cohesión social y bien de naturaleza jurídico-pública.

**Undécimo segunda.-** Los intentos para acotar los supuestos de ineficacia contractual como medio para alcanzar una mejora en la estabilidad en el empleo, ha sido una constante en la evolución del Derecho del Trabajo (tercer “instrumento”). Erigiéndose en uno de los principales caballos de batalla. La intensa – pero insuficiente - restricción del ámbito de aplicación del desistimiento y la tendencia a una concepción restrictiva de los supuestos resolutorios son aspectos que ponen de manifiesto los esfuerzos del Legislador por contener en mayor o menor grado – según las circunstancias - la ineficacia contractual. El (casi) monopolio del sistema de causalidad, ha hecho que la respuesta legal frente a éstos últimos haya adquirido una importancia capital en el objetivo de promover la continuidad contractual; especialmente, porque es la frontera entre la continuidad y el desempleo. En definitiva, la posibilidad de resolver el contrato (por incumplimiento imputable, imposibilidad objetiva o excesiva onerosidad), es el factor que, en último termino, fija la intensidad con la que se quiere proteger la conservación del contrato de trabajo.

En lo que respecta a la resolución conviene tener en consideración tres aspectos fundamentales. Primero, que se trata de una figura derivada de la regla contenida en el art. 1124 CC adaptada a las características del contrato de trabajo y al objetivo de preservar el empleo (de modo que dicho precepto debe aplicarse supletoriamente para lo no previsto en la norma laboral); y que el término “despido” sólo se refiere a la resolución por incumplimiento imputable del trabajador. Segundo, que la resolución sin motivo suficiente y por incumplimiento de los requisitos de forma es un negocio jurídico nulo – lo que descarta la eficacia originaria del despido - y, por tanto, no produce efectos jurídicos (salvo que el trabajador adopte una postura pasiva y no interponga la correspondiente demanda). Lo que, según dispone la propia normativa laboral, obliga al empresario al cumplimiento de lo pactado, esto es, la readmisión. Obligación que, no obstante, no puede imponerse procesalmente (en

base a su discutible carácter infungible), salvo que el trabajador tenga reconocido el denominado “derecho de opción” o que se imponga el cumplimiento de la obligación específica (si se estima que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales y en las resoluciones por excesiva onerosidad cuando se han incumplido alguno de los requisitos de forma). La indemnización legal tasada no es más que la prestación por equivalente (por la no readmisión), por lo que nada obsta que el trabajador pueda exigir una indemnización de daños y perjuicios complementaria (al igual que cuando judicialmente se califica la decisión extintiva como nula). Y, tercero, que la resolución del contrato por motivos inimputables, pese a ser lícita, genera en el empresario el deber de compensar al trabajador (responsabilidad por riesgo).

Salvo en los supuestos donde la readmisión es obligatoria, el papel de la indemnización en la preservación del empleo es esencial, pues, conociendo anticipadamente el importe de su responsabilidad, la continuidad del contrato depende del valor que el empresario asigne a la continuidad de la actividad del trabajador. Lo que no debe confundirse con el reconocimiento (implícito) de un derecho al desistimiento. Ni mucho menos. Por otra parte, el papel que puede jugar la compatibilidad de una indemnización de daños y perjuicios en esta mecánica de funcionamiento es, sin duda, revolucionario. Primero, porque es un promotor de la estabilidad en el empleo sin parangón (y un acicate para el respeto de la ley); y, segundo, porque después de décadas en las que los trabajadores han estado asumiendo los costes provocados por los comportamientos ilícitos de otros (en contrapartida de una pronta compensación), es posible advertir un cambio de tendencia. Pudiéndose afirmar que éste es uno de los factores más importantes para afirmar que la estabilidad en el empleo se halla en plena expansión.

Desde esta perspectiva, entendemos que el concepto de *estabilidad real* (en contraposición a la *estabilidad obligatoria*) que ha estado empleando la doctrina laboral no está consustancialmente vinculado a la readmisión forzosa, sino que también puede predicarse respecto de los supuestos en los que la readmisión puede substituirse por una compensación económica. En tal caso, todo depende de su cuantía y del valor que le atribuya el empresario a la readmisión.

Por otra parte, es especialmente grave que se promuevan medidas legislativas encaminadas a reducir la responsabilidad empresarial por conductas ilícitas. Especialmente, cuando de lo que se trata es de paliar los defectos de un modelo legal y judicial en la regulación de las ‘causas de empresa’ que ha dado muestras suficientes de ineficiencia y que claman por una regulación más depurada.

En lo relativo a la compensación de los trabajadores en las resoluciones inimputables existen elementos para constatar una clara tendencia a la infracompensación del trabajador (abaratando los costes asociados a los incrementos de actividad empresarial). En efecto, el

hecho de que el Plan de Acompañamiento Social y los convenios especiales no estén generalizados para todos los supuestos resolutorios por una excesiva onerosidad vinculada a las ‘causas de empresa’, que tampoco se prevea su existencia en la resolución por fuerza mayor y que, en los últimos años, se haya observado un endurecimiento para el acceso a las prestaciones públicas por desempleo, son aspectos que ponen de manifiesto este propósito. Es claro, por tanto, que el objetivo es configurar un modelo de fraccionamiento de los costes que entorpezca lo menos posible la creación de nuevas situaciones de riesgo (más actividad económica y por tanto más empleo). Sin negar que pueden plantearse mecanismos de fraccionamiento y de financiación del riesgo mejores, por ejemplo, reduciendo el importe de la indemnización que debe abonar el empresario y mejorando las prestaciones de la Seguridad Social (el superávit de las cuentas de la Seguridad Social podría permitir algún tipo de reforma en esta dirección – revirtiéndose los cambios de épocas “recesivas” anteriores), no parece que la mejor solución pase por apalancar el crecimiento económico y el consiguiente aumento del empleo sobre los daños de los trabajadores.

En una visión de conjunto de la evolución del régimen jurídico de la resolución, puede constatarse una marcada tendencia hacia la facilitación de la *movilidad externa* (como evidencia la rebaja de los efectos del incumplimiento de los requisitos de forma – para el despido –, menor intervencionismo administrativo, reducción del importe de algunas resoluciones injustificadas y concepción más flexible de los motivos resolutorios por ‘causas de empresa’). Sin embargo, entendemos que conviene matizar esta aseveración, pues, por el momento, la estructura preventiva sobre la que se sustenta la protección en el empleo permanece inalterada. Si bien es cierto – como se ha evidenciado – que presenta síntomas de una cierta erosión, el mantenimiento del sistema de causalidad, la exigencia de ciertos requisitos de forma y, sobre todo, el mantenimiento (prácticamente) invariable de la responsabilidad empresarial subjetiva y objetiva (aún) describen un sólido escenario preventivo de protección del empleo. Por otra parte, la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios permite – conviene reiterar – que el objetivo de erradicar los comportamientos resolutorios ilícitos con mayor eficiencia pueda afrontarse con optimismo. Convirtiéndose en un mecanismo de protección del empleo frente a tales riesgos excelente.

De todos modos, pese a la proliferación de formulas organizativas que huyen del art. 1.1 TRET (y de los sofisticados mecanismos de protección del empleo que dispensa), no creemos que las tesis denominadas “*insider/outsider*” contribuyan a mejorar las perspectivas de empleo (ni tampoco a erradicar las tasas de temporalidad o la huida del trabajo por cuenta ajena), pues, es bastante poco probable que en el mercado de trabajo una rebaja sustancial de las pretensiones de la oferta sea capaz de estimular a la demanda de trabajo. De hecho, la

fragmentación cada vez mayor del mercado de trabajo, no se ha traducido en un incremento sustancial del empleo. En cambio, consideramos que tras estos planteamientos se encubre un intento para equiparar (o uniformar) la protección existente a la baja. Riesgo que también apreciamos en lo que se ha venido a denominar *flexiseguridad*.

En paralelo, consideramos que, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, la discusión entorno a la deslocalización empresarial se integra en esta matriz conceptual. En la medida que las economías industrializadas optan por no uniformizar a la baja determinados estándares (no sólo jurídico-laborales, sino también medioambientales, etc.), y el paradigma de la libertad de empresa no es objeto de replanteamiento (y, por consiguiente, no puede evitarse que las empresas opten por cerrar sus negocios), automáticamente las opciones quedan sustancialmente circunscritas a la búsqueda de políticas de fraccionamiento de los costes derivados de las extinciones contractuales que sea social y políticamente aceptables. Teniendo siempre presente que el coste de la recolocación es, sin duda, ingente.

**Undécimo tercera.-** El papel de la intervención previa (en la actualidad, judicial o administrativa) describe un “instrumento” de protección del empleo particularmente interesante. Su función principal es, por un lado, facilitar los procesos negociadores entre los afectados (dirigidos a determinar la intensidad y el precio de las “agresiones”); y, por otro, procurar que la solución del conflicto sea lo más ajustada posible a la heterogeneidad de intereses concurrentes. Cuestión especialmente relevante en caso de fracaso de la negociación, pues, es “un tercero” el que asume la responsabilidad de determinar lo más conveniente para los afectados y la sociedad en su conjunto. El sustento ideológico de esta mecanismo decisorio es el convencimiento de que, dada la heterogeneidad de intereses concurrentes, “el tercero” es quien está en mejor posición para decidir este tipo de conflictos. A pesar de los intentos del Legislador de someter estos procesos al control de legalidad, este tercero (judicial o administrativo) dispone de un margen de discrecionalidad amplio. Lo que permite catalogar su función como arbitral o cuasi-arbitral.

Por otra parte, frente a la (agresiva) ofensiva ideológica dispuesta a demostrar las “irrefutables” consecuencias negativas de toda medida intervencionista (por entorpecer – se afirma – injustificadamente el desarrollo económico), la promulgación de la LC ha supuesto una bombona de oxígeno para quienes la defendemos, marcando un punto de inflexión (especialmente, si se tiene en cuenta que opera para resolver conflictos, en esencia, entre empresarios). Sin duda, ha contribuido a revitalizar este mecanismo decisorio y a silenciar las críticas vertidas sobre este mecanismo de prevención de los riesgos, largamente denostado.

**Undécimo cuarta.-** El estudio de todas estas instituciones a partir de esta propuesta sistematizadora con el objetivo de evaluar la intensidad con la que se promueve la continuidad del contrato de trabajo, no hubiera quedado completo si no hubiéramos analizado el papel de la autonomía colectiva en su regulación. El análisis efectuado nos permite afirmar que la labor de desarrollo por parte de la negociación colectiva, así como la de suplir sus lagunas es, en términos generales, un recurso poco explotado. Y, cuando se emplea, en ocasiones, la norma paccionada no se ajusta a los límites de legalidad. Si bien es cierto que la densidad jurídico-positiva es elevada y que la protección que ofrece la Ley es considerable, también es cierto que el número de lagunas e imprecisiones normativas no es desdeñable. Entendemos que con la inhibición de la autonomía colectiva se pierde una oportunidad excelente para dotar al mercado de trabajo de una seguridad jurídica que en muchas ocasiones se le achaca, siempre y cuando se haga respetando la legalidad vigente.

**Undécimo quinta.-** Otro de los aspectos sobre el que hemos querido hacer especial hincapié es el relativo al papel de los Tribunales en la interpretación de la legalidad vigente. En este sentido, la valoración de la tarea hermenéutica de los órganos jurisdiccionales es ciertamente compleja, especialmente, por su falta de uniformidad, lo que dificulta su subsunción en una unidad de acción. Así, la postura interpretativa ante los factores que amenazan la continuidad en el empleo depende de la fuente de inestabilidad, de las circunstancias particulares del caso concreto y (lamentablemente) del órgano que conoce del asunto. La interpretación de las denominadas ‘causas de empresa’ es un claro ejemplo de este fenómeno. Lo que, como es fácil advertir, no redundará en beneficio de la seguridad jurídica. En definitiva, se echan en falta la creación de directrices hermenéuticas que describan la orientación a seguir.

En cuanto a la Autoridad Laboral, consideramos que debería proceder a un control más exhaustivo de los ERE, especialmente en los supuestos de acuerdo y, más concretamente, en lo concerniente a las causas resolutorias alegadas, pues, el interés en juego no se circunscribe estrictamente al de las partes directamente implicadas.

En lo relativo a las resoluciones por causas de empresa, atendiendo la naturaleza del conflicto en liza (de intereses) y de la función que debe desarrollarse (arbitral o cuasi-arbitral) abogamos por una reforma del régimen vigente, que prevea un mecanismo de respuesta para tales situaciones más ajustado a la realidad de las controversias que se tratan de solventar. Quizás, la solución podría pasar por la creación de órganos de solución de conflictos de naturaleza paritaria, bajo la supervisión de los poderes públicos.

**Undécimo sexta.-** Uno de los objetivos que nos hemos propuesto en este estudio era delimitar el “mapa” de la estabilidad en el empleo y, para ello, como hemos apuntado, era esencial identificar sus coordenadas, esto es, los factores o elementos de cada una de las instituciones promotoras del *favor negotii* que contribuyen activamente a su consecución.

Pues bien, en una visión de conjunto del estudio efectuado, podemos afirmar que dadas las particularidades de todas y cada una estas instituciones jurídico-positivas, resulta extraordinariamente complejo tratar de evaluar con cierta precisión dicha intensidad, pues, cada una de ellas tiene sustantividad propia y operan conforme a criterios autónomos. Por decirlo de un modo expresivo, describen un *reino de tajfas*, hasta el punto de que hacen la “guerra por su cuenta”, enfrentándose a cada fuente de inestabilidad de un modo absolutamente atomizado. De tal forma que, a pesar de la indudable interrelación entre todas ellas y de su impacto en el incremento o debilitación de la protección del empleo, su creación o reforma no acostumbra a responder a una acción de conjunto, en aras a alcanzar el nivel de estabilidad que la sociedad está dispuesta a asumir.

Más allá de las dificultades derivadas de esta inadecuada política legislativa, la visión de conjunto de todos estos elementos conservativos, con la ayuda de la ordenación sistematizadora efectuada, la valoración de su impacto en la intensidad con la que se promueve el *favor negotii* resulta ciertamente difícil de evaluar. En definitiva, debemos admitir que somos incapaces de extraer conclusiones que nos permitan afirmar – siquiera aproximativamente - la intensidad con la que se protege la estabilidad en el empleo. Es decir, resulta ciertamente complejo “cuantificar” la intensidad con la que se protege el empleo.

Lo que nos fuerza a movernos en un nivel de valoración (necesariamente) de carácter “generalista”. Desde esta perspectiva, podemos afirmar que el “mapa” de la estabilidad en el empleo viene definido por dos funciones que describen cada uno una órbita independiente alrededor del contrato. Por un lado, la primera función describe la órbita de la movilidad interna, dibujando una generosa área circular. El objetivo es facilitar la continuidad del contrato, aun a costa de lo pactado, mediante la atribución a ambos contratantes de facultades de alteración de amplio espectro que permitan su adaptación a las sobrevenidas circunstancias. Lo que, a fin de cuentas, comporta una devaluación del estatuto protector (derechos y obligaciones) de los contratantes y es fuente de nuevos desequilibrios contractuales. Éste es, sin duda, el precio que debe pagarse para asegurar la protección del empleo. Entendemos que la evolución de la legislación laboral al respecto evidencia una cierta tendencia expansionista al respecto.

Por otro lado, la segunda función describe la órbita de la movilidad externa. Esto es, delimita hasta qué punto la sociedad está dispuesta a mantener la continuidad en el empleo. Juicio que se identifica con el concepto de “justa causa” y cuya concreción no es uniforme,

pues, depende de la fuente de inestabilidad. Ésta órbita describe un haz de facultades a ambos contratantes con un perfil restrictivo (especialmente, por el motivo que debe alegarse y por el cauce que - según las circunstancias - debe seguirse y por las consecuencias jurídicas derivadas de su uso inadecuado). Aunque, su operatividad no está condicionada al agotamiento de las opciones que admite la movilidad interna. Es más, a pesar de este carácter restrictivo, la movilidad externa se admite aunque se ejercite ilícitamente (salvo que su empleo comporte una lesión de derechos fundamentales o se soslayen determinados cauces procedimentales). De algún modo, la existencia de esta “vía de escape” es una especie de contrapartida a la tendencia expansionista que viene caracterizando la evolución de la movilidad interna.

En definitiva, más allá de la demostración de que la estabilidad en el empleo es un planteamiento absolutamente vigente y que se encuentra en expansión en el ordenamiento jurídico español, no es posible evaluar si las reformas de las instituciones existentes o bien la creación de nuevas, en realidad, se acercan o se alejan del nivel de estabilidad socialmente aceptado, o bien, están neutralizando (total o parcialmente) los esfuerzos de otras instituciones. En otras palabras, son tantas las variables existentes que, haciendo un símil fotográfico, no hemos sido capaces de que el objeto a retratar permaneciera inmóvil y, por tanto, no hemos podido averiguar qué perfil tiene (cuáles son sus dimensiones). En definitiva, podemos concluir que la intensidad con la que, desde un punto de vista jurídico, se protege el empleo en el ordenamiento jurídico español es una dimensión difícilmente conmensurable.

**Undécimo séptima.-** Desde la perspectiva de la dogmática jurídica, hemos podido comprobar que uno de los fines del Derecho del Trabajo consiste en mantener el nivel de empleo, a fin de evitar los perjuicios (costes) sociales, políticos y económicos que genera el desempleo. Y la estabilidad en el empleo es su proyección paradigmática. Objetivo derivado, en esencia, de la idea de seguridad económica por medio del trabajo, como prolongación natural de la seguridad física en el trabajo.

Ahora bien, hemos constatado que, en tanto que el empleo no puede mantenerse a cualquier precio, es preciso preguntarse hasta qué punto la sociedad está dispuesta a mantenerlo y qué precio quiere pagar para alcanzarlo. Pero no sólo eso. Ante la eventualidad de que la pérdida del empleo cause un perjuicio al trabajador, se suscitan una serie de incógnitas que la sociedad debe tratar de resolver. Primero, surge la necesidad de plantearse si debe ser compensado económicamente o no; segundo, en qué supuestos; y, finalmente, hasta qué punto debe restablecerse la situación económica que disfrutaba antes de su pérdida. Todo ello, enmarcado dentro de la decisión de determinar quién debe sufragar tales perjuicios y en qué medida; con el fin, primero, de establecer los elementos disuasivos suficientes como para alcanzar el número de “siniestros” social, política y económicamente aceptado; y, segundo, para

garantizar que la compensación del perjuicio sea efectiva. Si todo sistema jurídico conlleva una serie de efectos y consecuencias, lógicamente, se desprende la necesidad de evaluar dichos efectos para determinar si sus consecuencias son socialmente mejores o peores que otras que fueran accesibles

De todos modos, a la hora de evaluar esta dimensión, hemos advertido que, de los diversos instrumentos existentes para prevenir esta contingencia, destacan los que pretenden acotar la ineficacia contractual sobrevenida y, en especial, los que regulan la resolución del contrato; pues, son un indicador excelente para evaluar la intensidad con la que se está protegiendo la continuidad del contrato de trabajo. En síntesis, el régimen jurídico de la extinción del contrato prevé una serie de normas dirigidas a prevenir la ineficacia sobrevenida y a compensar los perjuicios derivados en caso de su acaecimiento. Lo que ha motivado que centráramos nuestro interés en esta manifestación específica de la estabilidad en el empleo.

Sin embargo, si bien es cierto que el análisis jurídico del Derecho permite descifrar cuál es la conducta jurídicamente “adecuada”, a fin de avanzar en nuestro propósito de conocer el verdadero estado de salud de la estabilidad en el empleo (esto es, la efectiva intensidad con la que se protege la continuidad), hemos visto que aún quedaba por evaluar el influjo preventivo que dichas normas pueden ejercer. Esto es, cuál es la efectividad de la norma, cómo influye en los individuos, si es capaz de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto.

El dogmatismo jurídico ha centrado su atención en los problemas que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, obviando el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia. Y, en consonancia con este planteamiento, el Derecho del Trabajo ha permanecido demasiado tiempo al margen de la realidad, pecando de autosuficiencia.

Por este motivo, entendemos que, a estas alturas, ya no es suficiente que centremos nuestros esfuerzos en averiguar si la declaración de un objetivo es compatible con el derecho y la justicia, sino que conviene plantearse si el medio escogido es adecuado, compatible o incompatible con el objetivo. En definitiva, es preciso identificar patrones de conducta que permitan predecir las reacciones de los individuos frente a la norma. Parámetros que, no obstante, difícilmente pueden ser conocidos exhaustivamente a través del análisis jurídico del Derecho positivo. Y, en la medida que se pretenda construir un sistema jurídico que aspire a influir en el comportamiento de los ciudadanos conforme a una determinada política legislativa, debe tenerse en cuenta planteamientos y enfoques interdisciplinarios. Planteamientos que dan sentido a la Segunda Parte de este estudio.

A lo largo de la exposición hemos tratado de demostrar que la metodología que emplea el AED “*puede ser un instrumento*” de análisis muy poderoso para evaluar la eficacia de la norma.



Esto es así, porque este método “*posibilita una determinada*” valoración de la efectividad de la norma y de su impacto sobre la conducta de los individuos. En otras palabras, la naturaleza *conductista* de la teoría económica ofrece algunos parámetros que, de algún modo, permiten “predecir” el comportamiento de los individuos ante la norma jurídica, posibilitando el estudio de los efectos previsibles del sistema jurídico y ofreciendo criterios que permiten delimitar la ‘bondad’ o ‘maldad’ de esos efectos y las normas. Erigiéndose en *un medio* para identificar las posibles incoherencias del modelo legal en un contexto determinado. Este enfoque gravita sobre la idea de que el sistema jurídico en su totalidad crea incentivos para que las personas se comporten de un determinado modo. En definitiva, a partir de un procedimiento de “evaluación objetivable”, se entiende que la norma repercute en la conducta humana, induciendo unos resultados que pueden ser calificados como ‘buenos’ o ‘malos’ por la sociedad.

Todos estos aspectos nos han permitido afirmar que el régimen jurídico de la estabilidad en el empleo no puede permitirse el lujo de permanecer por más tiempo a espaldas del enfoque que proporciona el método analítico de la economía. Especialmente, cuando “lo económico” ha inculcado tan intensamente en la conceptualización de algunas normas jurídico-laborales fundamentales.

Una de las cuestiones sobre la que hemos prestado especial atención es la relativa a las limitaciones de este enfoque analítico. La metodología que propone el AED no debe entenderse únicamente en *términos universalistas* (o, en otros términos, ‘maximalista’ o de ‘imperialismo económico’), tal y como propone la corriente *positiva* del AED – la denominada, “*Escuela de Chicago*”. A nuestro entender, este enfoque debe descartarse porque es ‘reduccionista’, pues, no todo puede reconducirse a parámetros estrictamente utilitaristas (o *eficientistas*); y, además, es claro que los valores social y jurídicamente relevantes no se reducen a sus dictados. La validez de la teoría del *homo oeconomicus*, esto es, del sujeto que trata de hacer máxima su utilidad actuando racionalmente, no deja de ser un planteamiento tautológico, lo que evidencia la inconsistencia del carácter universalista de la metodología analítica económica. Sin negar que la economía, como método de análisis, *pueda aplicarse* a cualquier fenómeno, no se colige que *pueda explicar* todos los aspectos de la conducta humana. Frente a este planteamiento, la corriente *normativa* del AED (o “*Escuela de Yale*”) ofrece un enfoque analítico más adecuado; y más “ajustado” a la lógica que disciplina nuestro Derecho del Trabajo. En pocas palabras, para esta corriente de pensamiento no es aceptable que la eficiencia se erija en el objetivo supremo de la elección social, pues no es el único valor social, dado que existen otros valores que son sustancialmente más deseados por los ciudadanos. Para esta corriente, la justicia, equidad y la seguridad jurídica son valores que se sintetizan en el *principio de distribución de la renta o de la riqueza*. Simplificándolo mucho, mientras que los *positivistas* se centran en “*analizar el mundo tal cual es*”, los *normativistas* “*tratan de cambiar el mundo para hacerlo mejor*”.

Pues bien, siguiendo los planteamientos de autores como CALABRESI o CALSAMIGLIA, hemos concluido que la eficiencia es un ingrediente más del concepto de justicia (“una visión más de la catedral”) y que, por tanto, toda norma debe tender también a la consecución de este objetivo. Especialmente, porque en un sistema caracterizado por la escasez de recursos, parece claro que el despilfarro es una clara manifestación de injusticia.

Otro aspecto que hemos considerado de especial importancia es el relativo a la autonomía de los planteamientos metodológicos. Es decir, que, desde la perspectiva de la metodología analítica, debe postularse la independencia y prelación del enfoque dogmático del derecho respecto del enfoque económico. Posicionamiento que se justifica porque sólo mediante el uso de la dogmática es posible la adecuada formulación de los significados de las normas. Significados que constituyen los supuestos de las hipótesis que permitan un análisis de tipo económico. En conclusión, hemos afirmado que, si no prevaleciera lo jurídico sobre lo económico, lejos de articular una teoría *interdisciplinar* entre la ciencia económica y la jurídica, se estaría sustituyendo un saber por otro. Extremo absolutamente esencial para ubicar el sentido de nuestro análisis.

**Undécimo octava.-** Entendemos que la estabilidad en el empleo es un campo abonado para proyectar este enfoque analítico. Ante la existencia de unos perjuicios causados por la pérdida del empleo y de unos costes destinados a evitarlos, es preciso analizar, no sólo el grado de cumplimiento del ordenamiento laboral, sino los efectos sociales reales de sus normas. Siendo probable que, desde la perspectiva de la actividad racional del *homo oeconomicus*, las decisiones económicas *contribuyan* a evaluar la idoneidad del sistema jurídico, y por ende, favorezcan a mitigar la frecuencia de este riesgo. O, en otros términos, siguiendo con CALABRESI, es posible que la utilización de este *método* permita averiguar si la articulación jurídica de la estabilidad consigue una disminución de los daños adecuada a los requerimientos sociales y si el esfuerzo para tratar de corregir el sistema vale lo que cuesta.

Desde esta perspectiva, hemos considerado que el planteamiento conceptual propuesto por CALABRESI (para la responsabilidad extracontractual) es perfectamente trasladable al contrato de trabajo. Las virtudes de su propuesta residen en la creación de un modelo conceptual extraordinariamente simple, pero con una capacidad expositiva de la realidad absolutamente abrumadora. De toda su exposición, hemos entendido que los conceptos clave a tener en cuenta son:

- 1.- Los conceptos “costes primarios, secundarios y terciarios”;
- 2.- A la hora de imputar los costes derivados del acacimiento de un riesgo, no existe un vínculo patrimonial inexorable entre el “agresor” y la “víctima”, ni ningún motivo inquebrantable que obligue a escoger entre las dos categorías de sujetos que forman parte de

esta relación. En definitiva, la cuestión relativa a quién debe soportar los costes de un determinado perjuicio (fraccionamiento del riesgo) puede variar en función de la finalidad que se persiga. Pudiéndose distinguir entre el fraccionamiento total, el parcial (o buena bolsa), el personal y el temporal.

3.- La distinción entre la “prevención general o de mercado” y la “prevención específica o colectiva”, como método de decisión del nivel de riesgo que debe aceptar una sociedad; teniendo en cuenta que no se excluyen pero se limitan recíprocamente;

4.- Los problemas teórico-prácticos para plantear modelos monopolizados por alguna de ellas y la necesidad de buscar soluciones intermedias que los combinen;

Y 5.- Y, fruto de esta combinación, la fundamental distinción entre las “reglas de propiedad”, “reglas de inalienabilidad” y “reglas de responsabilidad” (distinguiéndose, a su vez, entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por riesgo).

De hecho, consideramos que esta matriz analítica es especialmente adecuada para describir la realidad social, política y económica existente entorno a un determinado riesgo y los esfuerzos para prevenirlo. En efecto, las posibilidades que ofrece este enfoque en la configuración de la política de protección del empleo y, específicamente, de regulación de la ineficacia contractual sobrevenida son extraordinarias.

**Undécimo novena.-** El análisis de las normas jurídicas al trasluz de estas categorías conceptuales ha pretendido desvelar si el régimen jurídico de la extinción sobrevenida del contrato respondía a planteamientos eficientistas o no. Esto es, si los complejos mecanismos legales de que disponemos en la actualidad alcanzan resultados que pueden calificarse como óptimos atendiendo al nivel de estabilidad que la sociedad española está dispuesta a asumir.

Para facilitar la aproximación a este análisis, hemos creído conveniente comenzar estudiando el régimen jurídico previsto en el Código Civil y su evolución hasta la II República. Las similitudes conceptuales existentes entre estos modelos y el vigente, desde un punto de vista preventivo, y la mayor simplicidad de la regulación jurídica han sido los factores que han predominado en nuestra elección. Por otra parte, el estudio no se ha extendido más allá en el tiempo, pasando, por consiguiente, al análisis de la regulación vigente, porque, desde un punto de vista de los instrumentos preventivos dirigidos a neutralizar los factores de riesgo, desde la II República no se ha creado nada nuevo.

A partir de estos parámetros analíticos, hemos demostrado que el modelo prevención existente en la actualidad frente a la extinción injustificada del contrato es el mismo que el previsto para los empleados domésticos en el Código Civil. La existencia de una *regla de responsabilidad subjetiva* que fija anticipadamente el precio que debe abonarse para causar un daño (la extinción injustificada del contrato), nos informa de la intensidad con la que la

sociedad quiere prevenir este tipo de comportamientos empresariales. El hecho de que el potencial “agresor” pueda saber con anterioridad el coste de sus comportamientos, condiciona la continuidad en el empleo a una valoración sobre el coste de oportunidad de readmitir al trabajador. El precio marca el límite de la estabilidad. Y esta lógica operativa ya está presente en el art. 1584 CC (alcanzando un alto nivel de desarrollo en la II República). Lo que probablemente explique la “tradición” del sistema legal español a infracompensar al trabajador por la extinción del contrato sin causa, a cambio de un pronto resarcimiento. De todos modos, sospechamos que en el modelo legal actual, la indemnización legal tasada no es deliberada, esto es, no responde a una valoración exhaustiva de la intensidad con la que se quiere disuadir este tipo de conductas. Ni mucho menos. En definitiva, en tanto que el sistema no proyecta los elementos disuasivos adecuados, los potenciales “agresores” no reciben los estímulos adecuados para retraerse al nivel socialmente aceptado. Así, todo parece indicar que se produce un número de extinciones injustificadas superior al que sería deseable, o al menos al que querría la sociedad en su conjunto. Por otra parte, tampoco parece que el modelo de financiación de las prestaciones por desempleo sea el más adecuado, especialmente, porque, con el sistema de primas vigente, los “agresores” no tienen ningún incentivo para comportarse dentro de los límites que marca la Ley, ni para adecuar su conducta al importe de la prima que les resulta económicamente asumible.

En definitiva, es claro que, en su conjunto, los “agresores” no internalizan los perjuicios derivados de sus conductas dañosas (los trabajadores y empresarios diligentes o la sociedad en su conjunto – según el caso - asumen los costes de la extinción injustificada). Desde esta perspectiva, la posibilidad de complementar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios (intensificación del fraccionamiento personal) se erigiría en un poderoso elemento disuasivo para prevenir este tipo de conductas y, probablemente, en un incentivo para buscar soluciones extrajudiciales (marcando un punto de inflexión en la tendencia a la baja de las compensaciones que recibe el trabajador por la extinción injustificada). Quizás, de cara a incrementar la estabilidad en el empleo, también sería positivo que se articulara un sistema de primas en función de la aversión de cada empresario (o colectivos de empresarios) a extinguir injustificadamente el contrato. Desde esta perspectiva, el régimen jurídico previsto para los contratos de fomento de la contratación indefinida (sin alterar el sistema público de prestaciones por desempleo), como respuesta para superar la impredecibilidad jurisdiccional en las resoluciones por ‘causas de empresa’ nos parece manifiestamente inadecuada, porque no emite un mensaje preventivo coherente. Especialmente, por facilitar que el trabajador contratado vuelva a la situación que promovió la celebración del contrato arbitrariamente extinguido.

También hemos comprobado los intentos del Legislador para limitar los costes terciarios a través de la conciliación previa (a pesar de los temores a canalizar mecanismos para que “agresor” y “víctima” pacten el precio del “soborno”); y, en la actualidad, además, mediante el reconocimiento de la improcedencia de la resolución. Lo que debe evaluarse como positivamente, especialmente, si se tiene en cuenta el coste que supone la puesta en marcha de todo el aparato jurisdiccional del Estado. Desde esta perspectiva, no se comprenden los motivos por los que no se decide incrementar los mecanismos para disuadir al empresario a acudir al proceso ejecutivo.

- En cuanto a la *responsabilidad por riesgo*, el reconocimiento de la posibilidad de resolver por excesiva onerosidad durante la II República, supone una reducción sustancial del nivel de cuidado que se estima debido, produciéndose una modificación a la baja de lo que se entiende como conducta imputable. Las sucesivas reformas normativas dirigidas a atribuir un espacio propio a la excesiva onerosidad, especialmente, las de 1994, 1997 y 2001 confirman esta tendencia. Teniendo en cuenta que en los riesgos inimputables el sistema de imputación de los costes secundarios puede incidir sobre la prevención primaria, entendemos que el sistema podría establecer mejores sistemas de fraccionamiento de los costes, a fin de aligerar la carga que pesa sobre el empresario afectado (dando menor peso al fraccionamiento personal). Especialmente, porque así se evita el efecto desincentivador que tiene sobre las decisiones empresariales de incrementar las actividades de riesgo (en este caso, crear más actividad económica y con ella más empleo) – intensificando el efecto que ya tiene el FOGASA; porque, en las resoluciones por causa de empresa, evita “sangrar” a la empresa con el pago de grandes cantidades económicas; y porque con ello se conseguiría rebajar la presión para reducir la responsabilidad por extinción injustificada del contrato que tiene su origen, en parte, en la incertidumbre judicial vinculada a las resoluciones por ‘causa de empresa’. Entendemos que, de un modo similar a como se ha propuesto para las extinciones injustificadas, podrían establecerse mecanismos de socialización en función de la aversión de los empresarios al riesgo. Desde la perspectiva del trabajador y la restitución de los perjuicios sufridos por la extinción del contrato, la desigualdad existente entre los diversos modos resolutorios (imposibilidad objetiva empresario persona física y jurídica, resolución arts. 52.c y 51 TRET) no parece lo más adecuada; especialmente, si entendemos que por tratarse todo ellos de supuestos extintivos inimputables el perjuicio que sufre el trabajador por la pérdida del empleo no parece que tenga que variar en exceso. Además, de provocar un efecto “huida” hacia métodos más baratos que redundan en perjuicio de la eficacia del sistema y de la protección del trabajador.

- En cuanto a las *reglas de inalienabilidad*, pese a configurarse con carácter restrictivo (al igual que durante la II República) debe destacarse su relevancia, pues, evidencia claramente que

el mercado (incluso el parcialmente intervenido) no es un método decisorio válido para resolver eficientemente cualquier conflicto. Desde hace algunos años se ha presenciado una intensa “ofensiva pro-mercado” con el objeto de reducir la presencia “paternalista” del Estado. Lo que ha impulsado una serie de reformas legislativas tendentes a incrementar el ámbito de operatividad de la autonomía de la voluntad de los sujetos, en perjuicio de la intervención estatal (o de medidas de carácter “paternalista”). Hasta el extremo de que se ha consolidado la idea del “mercado” como sinónimo de “eficiencia”, sustentado en el paradigma neoclásico o, mejor dicho, en una reformulación del mismo. Lo que ha dado pie a una espiral desreguladora o de sustitución de la regulación existente por otra menos intervencionista, por el momento, no finalizada. La progresiva disminución del papel del Estado se ha planteado como un medio para alcanzar, no sólo un incremento de la eficiencia, sino para garantizar – o, incluso, mejorar – la equidad pre-existente y el valor “libertad”. Llegándose a afirmar, en el extremo, que la eficiencia es sinónimo de justicia.

El Derecho del Trabajo no sólo no ha sido una excepción, sino que probablemente se encuentra a la vanguardia de este proceso *desregulador*. De hecho, puede afirmarse que (interesadamente) se está confundiendo la desregulación con el incremento de la eficiencia. Sin embargo, no es cierto que exista una relación de causa-efecto entre la no-intervención y el incremento de la eficiencia. La existencia de externalidades y de costes de transacción así lo corrobora. O, dicho de otro modo, ante la presencia de estos parámetros, el individualismo utilitarista debe dejar paso a fórmulas cooperativas más o menos complejas, porque resultan mucho más eficientes. Y, éste es un planteamiento pacífico en la ciencia económica. La cuestión es que estos planteamientos no parecen haber permeado en la *ciencia jurídico-laboral*, o sólo lo han hecho de forma parcial, quedándose congelados en la necesidad de proceder a un proceso desregulador.

Sería un error confundir esta discusión con el empleo de la ciencia económica como parámetro analítico. No cabe duda que las normas jurídicas producen un efecto en el comportamiento de los individuos, generando incentivos acertados o perversos y estableciendo una asignación de riesgos, por decirlo de algún modo, buenos o malos. Ante esta realidad irrefutable, es evidente que la dogmática jurídica es incapaz de dar razón a este fenómeno; y que, la ciencia económica, puede ofrecernos “una perspectiva” del fenómeno extraordinariamente útil.

En cuanto a la readmisión obligatoria, consideramos que atendiendo a la predisposición del sistema judicial a garantizar la efectiva restitución del trabajador a su puesto de trabajo (y el desorbitado coste que ello comporta), no parece que el sistema proyecte los elementos disuasivos más adecuados para persuadir al empresario a cumplir la condena a la readmisión voluntariamente. Por otra parte, ciñéndonos a la protección de los derechos

fundamentales, debemos aplaudir que la Ley haya admitido finalmente la posibilidad de reclamar una indemnización de daños y perjuicios. El incremento de los elementos coactivos dirigidos a disuadir potenciales conductas inadmisibles en un Estado de Derecho tiene una lectura preventiva primaria muy positiva.

Finalmente, la intervención previa es un mecanismo de gestión de los riesgos especialmente indicado para solventar las deficiencias que plantea el método de mercado (costes de transacción y externalidades) a la hora de negociar la intensidad del daño y el precio del “soborno” y para cuando el acuerdo no ha sido posible; y perfectamente aplicable en los tiempos que corren como evidencia la legislación concursal. Por lo que debería entenderse como un error político y una indiscutible fuente de ineficiencia cualquier intento dirigido a suprimir este mecanismo decisorio. No obstante, sería deseable que en aras a la mejora del sistema vigente se adoptaran las medidas necesarias para agilizar el proceso y disipar la incertidumbre que lo caracteriza. Debiéndose plantear, quizás, un cambio de funciones en el ámbito concursal.

**Y, vigésima.-** De todo lo expuesto, se desprende que al ordenamiento jurídico español, en lo que a la estabilidad en el empleo se refiere, le queda aún un amplio camino por recorrer para alcanzar unos resultados que puedan calificarse como óptimos. O, dicho de otro modo, a nuestro modo de ver, no parece que la eficiencia sea un componente que el Legislador esté teniendo en cuenta a la hora de planificar la política legislativa relativa a la movilidad externa. Del análisis efectuado, se colige que la normativa vigente no es el resultado de una valoración previa y concienciada de fines y medios. Lo que, por otra parte, encaja con nuestra afirmación de que en el ordenamiento jurídico español no existe un sistema normativo que promueva la estabilidad en el empleo.

Y, este sentido es esencial comprender que ésta *no es una opción de política legislativa*. Sino que, si aceptamos que el despilfarro también puede ser una manifestación de la injusticia, la coherencia del ordenamiento jurídico laboral, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, pasa ineludiblemente por la búsqueda de la eficiencia (en conjunción – o en paralelo - con otros propósitos, como la seguridad jurídica, la equidad, etc.).

La virtud del planteamiento de CALABRESI es la capacidad de diseccionar la realidad, identificar los factores que pueden incidir en la prevención de un determinado riesgo y proponer la forma de combinarlos del modo más eficiente en función de las convicciones políticas que imperen (o que las impulsen).

De todos modos, la inercia normativa española (que toma sus orígenes en la II República y que ha permanecido prácticamente inalterada hasta nuestros días) ha creado un *statu quo* que no facilita, en absoluto, este juego combinatorio. El enrocamiento (o

enquistamiento) en las posturas de los afectados (podríamos decir, los “intereses de clase”), el temor a perder determinadas conquistas y el coste político que comporta, así como la incertidumbre respecto del éxito de los cambios en el modelo existente, son factores que entorpecen la posibilidad de plantear nuevos escenarios preventivos más eficientes. Sin duda, la búsqueda de la eficiencia en los términos propuestos por CALABRESI es un objetivo cuya puesta en marcha exige una considerable “valentía política”.

Por otra parte, sin negar el componente político implícito en la matriz analítica propuesta por CALABRESI, debemos tener en cuenta que no es un enfoque refractario a la pluralidad ideológica (salvo aquellas que promuevan un modelo monopolizado absolutamente por el mercado o por el paternalismo). De modo que puede afirmarse que es un planteamiento atemporal o perenne y – si se nos permite – apátrida, a disposición de la opción política que lo desee emplear. Esto es, del nivel de estabilidad que una determinada sociedad esté dispuesta a aceptar y del precio que quiera pagar por ella. Desde esta perspectiva, no cabe duda que las propuestas de *lege ferenda* efectuadas en este estudio no son más que una proyección de nuestras convicciones personales y, sobre todo, de un determinado modo de ver este fenómeno. Lo que no quita (he ahí la virtud del modelo) que puedan plantearse otras medidas en función de opciones político-legislativas diversas.

De todos modos, para finalizar, debe tenerse en cuenta que el análisis que se propone y el modelo y las conclusiones que se obtienen, parten de la asunción de un determinado patrón de conducta, derivado de ciertos postulados y planteamientos conceptuales, sin olvidar que el comportamiento de los individuos es el resultado de múltiples factores, alguno de ellos, difícilmente explicables desde un punto de vista racional.



## BIBLIOGRAFÍA

- **ABELLA MESTANZA**, M. J. Despidos especiales por razón de las personas. Tesis Doctoral, 1976.
- **AGUILAR GONZÁLEZ**, M. C. y **PÉREZ DEL RÍO**, T. El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- **AGUSTÍ MARAGALL**, J. La causalidad en el despido disciplinario después de la Ley 45/2002. ¿La consagración legal del despido libre? Diario La Ley nº 5809, 24 de junio 2003, versión digital (La Ley 1142/2003).
- **ALAMEDA CASTILLO**, M. T. Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial. CES. Madrid, 2001.
- **ALARCÓN CARACUEL**, M. R. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. RPS nº 121, 1979.
  - Una valoración crítica global de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. En “La reforma del procedimiento laboral”. Marcial Pons. Madrid, 1989.
  - Fomento y defensa del empleo y ordenación del tiempo de trabajo. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - Duración del contrato, jornada y salario. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994.
- **ALARCÓN CASTELLANOS**, M. M. Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1626).
- **ALARCÓN Y HORCAS**, S. Código del Trabajo. Reus. Madrid, 1927.
  - Contratos de Trabajo y de Aprendizaje. Reus. Madrid, 1927.
- **ALBADALEJO**, M. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. EDERSA. Madrid, 1986.
- **ALBIOL MONTESINOS**, I. La estabilidad de la relación de trabajo en los casos de quiebra del empresario. RPS nº 70, 1966.
  - La transmisión de la empresa y sus efectos en el contrato de trabajo. Tesis Doctoral, 1968.
  - La resolución del contrato de trabajo por el trabajador. Escuela Social de Valencia. Cuadernos XXII. Valencia, 1973.
  - Aspectos laborales de la transmisión de empresa. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid, 1984.
  - La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador. RT nº 93, 1989.
  - Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (I y II). AL 1991 - I.
  - Los acuerdos de empresa. En “Estructura de la negociación colectiva”. VII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva. MTAS. Madrid, 1996.
  - La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.
  - Aspectos laborales de la Ley Concursal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.
- **ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI**. Nueva regulación de las relaciones de trabajo. Valencia, 1977.
- **ALBIOL MONTESINOS ET ALTRI**. Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.
- **ALBIOL MONTESINOS ET ATRI**. El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo. EDERSA. Madrid, 1981.
- **ALBIOL MONTESINOS**, I., **ALFONSO MELLADO**, C. L., **BLASCO PELLICER**, A. y **GOERLICH PESET**, J. M. Derecho procesal laboral. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- **ALCHIAN**, A. A. Reflexiones económicas en torno a los derechos de propiedad. HPE nº 68, 1981.

- **ALEGRE NUENO, M. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.** La consignación de la indemnización como mecanismo liberatorio del pago de los salarios de tramitación desde la perspectiva del RD 467/2006, de 21 de abril. ASoc nº 7 y 8, 2006, versión digital (BIB 2006\927).
- **ALEMÁN PÁEZ, F.** La nueva regulación de la clasificación y de la movilidad en la Ley 11/1994 reformadora del Estatuto de los Trabajadores. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
  - Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿Hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo? RDS nº 17, 2002.
  - El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales. RL 2002 - I.
- **ALFARO ÁGUILA-REAL.** Los costes de transacción. En “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez (Coord. Iglesias Prada)”. Vol. I. Civitas. Madrid, 1996.
  - Los juristas – españoles – y el análisis económico del derecho. Revista InDret nº 1, 2007, www.indret.com.
- **ALFÉREZ DEL MORAL, D. y ESCUDERO MORATALLA, J. F.** La ejecución laboral. Bosch. Barcelona, 2003.
- **ALFONSO MELLADO.** La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral. ASoc nº 14, 2003, versión digital (BIB 2003\1299).
- **ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.** Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico. RL 1995 - I.
  - La modificación sustancial de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios. RL 1995 - I.
  - Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial. RL 1995 – II.
  - El Desempeño de cargo público y la excedencia forzosa regulada en el artículo 37.3.d), párrafo 2.º E.T. RTS nº 53, 1995.
- **ALMAGRO NOSETE, J.** Art. 1284. En “Comentario del Código Civil” (Coord. Sierra Gil de la Cuesta). Bosch. Barcelona, 2000.
- **ALMANSA PASTOR, J. M.** La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo. RPS nº 67, 1965.
  - El despido nulo. Tecnos. Madrid, 1968.
  - El acuerdo Nacional sobre empleo (contenido y eficacia). RSS nº 12, 1981.
- **ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.** Familia y trabajo. Comares. Granada, 2002.
  - La modificación del turno de trabajo por circunstancias familiares: el cuidado directo de menor de seis años. ASoc nº 9, 2004, versión digital (BIB 2004\902).
- **ALONSO GARCÍA, B.** Readmisión de trabajador declarado incapacitado permanente total. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\603).
- **ALONSO GARCÍA, M.** Nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo. RDP, 1956.
  - Ineficacia del Contrato de Trabajo. Revocación, rescisión, resolución y desistimiento. RDP, 1956.
  - La Codificación del Derecho del Trabajo. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1957.
  - La fusión y disolución de sociedades y las relaciones laborales. RGLJ 1958.
  - Curso de Derecho del Trabajo. Librería Bosch. Barcelona, (Ed. 1960) y (Ed. 1964).
  - El nacimiento del contrato de trabajo. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. IEP. Madrid, 1961.
  - Curso de Derecho del Trabajo. Ariel. Madrid, 1987.
- **ALONSO OLEA, M.** El Despido. IEP. Madrid, 1957.
  - Instituciones de Seguridad Social. IEP. Madrid, 1959.
  - El seguro nacional de desempleo. RISS nº 6, 1961.
  - Derechos irrenunciables y principio de congruencia. ADC 1962.
  - Desarrollo económico y empleo. RT nº 2, 1964.
  - Sobre la historia de los procesos de trabajo. RT nº 15, 1966.

- Lecciones sobre contrato de trabajo. Universidad de Madrid, 1968.
- Derecho Procesal del Trabajo. IEP. Madrid, 1969.
- El despido disciplinario. Su carácter causal (Lección 3ª); y Perspectivas de la Regulación del despido (Lección 16ª). En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
- La ejecución de las sentencias de despido: el incidente de no readmisión. RPS nº 87, 1970.
- La aplicación del Derecho del Trabajo. MT. Servicio de Publicaciones. Madrid, 1970.
- Suspensión e interrupción del contrato de trabajo. Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro, 1970.
- La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador. RPS nº 118, 1978.
- La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador. RPS nº 126, 1980.
- El paro forzoso y su aseguramiento. RPS nº 129, 1981.
- Cien años de Seguridad Social. PEE nº 12/13, 1982.
- Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución. Civitas. Madrid, 1982.
- La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. De la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
- La seguridad social: presente, pasado y futuro. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.
- **ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.** Derecho del Trabajo. 21ª Edición, Thomson Civitas. Madrid, 2003.
- **ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.** Instituciones de Seguridad Social. Civitas. Madrid, 2000.
- **ALTÉS TÁRREGA, J. A.** La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación: ¿al fin una cuestión resuelta? RL 1998 – II.
- **ÁLVAREZ ALCOLEA, M.** La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo. RPS nº 106, 1975.
  - La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia. REDT nº 3, 1980.
  - La suspensión del contrato en el Estatuto de los Trabajadores. REDT nº 5, 1981.
  - El despido discriminatorio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El ‘Outsourcing’” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **ÁLVAREZ ALCOLEA, M. y GARCÍA BLASCO, J.** Participación de huelga y despido en el Derecho comparado y en el Derecho español. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
- **ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. M.** Derecho Obrero. Reus. Madrid, 1933.
- **ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.** Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo. Civitas. Madrid, 1990.
  - Incapacidad temporal y maternidad. RTS nº 53, 1995.
- **ÁLVAREZ MONTERO, A.** Las nuevas contrataciones tras extinciones por ‘causas empresariales’. Incidencia del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo. AL 1997 - III.
- **ÁLVAREZ VIGARAY, R.** La responsabilidad por daño moral. ADC 1966.
  - La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Comares. Granada, 2003.
- **ANDINO AXPE, L. F.** Ejecución en el orden jurisdiccional social. Comares. Granada, 1996.

- **APALATEGUI ASÚA, O. y DE ISASA NAVARRO, E.** El despido laboral y su novísima regulación. Madrid, 1959.
- **APARICIO TOVAR, J.** El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al sindicato. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). *Ibidem*. Madrid, 1995.
  - Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
- **APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.** Introducción. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- **APILLUELO MARTÍN, M.** El despido individual por causas económicas del art. 52, ap. c) del TRET. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997.
  - Acuerdos de empresa: funciones y eficacia. ASoc nº 6, 2006, versión digital (BIB 2006\846).
  - Tratamiento de los efectos sucesorios tras la Ley Concursal. RTSS – CEF nº 284, 2006.
- **ARAGÓN REYES, M.** Apuntes sobre el significado constitucional de la libertad de empresa. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993.
  - Constitución económica y libertad de empresa. En “Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez (Coord. Iglesias Prada)”. Vol. I. Civitas. Madrid, 1996.
  - El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa. En “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (Dir. Pérez de los Cobos Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005.
- **ARAMENDI SÁNCHEZ, P.** Claros y oscuros tras la reforma del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. AL 1997 - III.
  - Los aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. RDS nº 30, 2005, versión digital (TOL 673487).
  - El despido de la trabajadora embarazada. Un análisis de la sentencia de 19 de julio de 2006 del Pleno de la Sala IV Tribunal Supremo. ASoc nº 13, 2006, versión digital (BIB 2006\1359).
  - Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007). ASoc nº 5, 2007, versión digital (BIB 2007\813).
- **ARANGO FERNÁNDEZ, J.** La protección por desempleo en España. CES. Madrid, 1999.
- **ARCE, J. C.** La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos. Comares. Granada, 1997.
- **ARGÜELLES BLANCO, A. R.** Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español. AL 1994 – I.
- **ARIAS DOMÍNGUEZ, A.** La insuficiencia presupuestaria de las Administraciones Públicas o Entidades sin ánimo de lucro contratantes como causa de despido objetivo. ASoc nº 6, 2005, versión digital (BIB 2005\1166).
  - El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Aranzadi. Pamplona, 2005.
  - Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma? ASoc nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1640).
  - Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas. RTSS – CEF nº 291, 2007.
- **ARROW, K. J.** Elección social y valores individuales. Trad. Aparicio Auñón. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1974.
- **ASQUERINO LAMPARERO, M. J.** Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajador. ASoc nº 2, 2006, versión digital (BIB 2006\475).
- **AUNÓS PÉREZ, E.** Estudios de derecho corporativo. Reus. Madrid, 1930.

- **BADIOLA SÁNCHEZ**, A. M. La nulidad de la extinción del contrato de trabajo. Lex Nova. Valladolid, 2003.
- **BAJO GARCÍA**, I. En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal. ASoc nº 17, 2005, versión digital (BIB 2005\2532).
- **BARASSI**, L. Tratado de Derecho del Trabajo. Trad. Sussini. Alfa. Buenos Aires, 1953.
- **BARBANCHO TOVILLAS**. Traslado de empresa. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
- **BARBERÁ SÁNDEZ**, S. Justicia, Equidad y Eficiencia. HPE nº 51, 1978.
- **BARCELÓN COBEDO**, S. El tránsito entre prestaciones del Sistema de Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona, 2002.
- **BARREIRO GONZÁLEZ**, G. Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna. REDT nº 94, 1999.
- **BARRIONUEVO PEÑA**, J. La nueva regulación de los expedientes de crisis. RPS nº 97, 1973.
  - Fuerza Mayor y expedientes de crisis. En “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1977.
- **BARRIOS BAUDOR**, G. L. y **SÁNCHEZ TRIGUEROS**, C. Notas sobre el fomento estatal del empleo en 2003. ASoc nº5, 2003, versión digital (BIB 2003\719).
- **BATLLE**, M. La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos. Universidad de Murcia, 1945.
- **BAYLOS GRAU**, A. Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo. RPS nº 122, 1979.
  - Cláusulas de Descuelgue. En “Reforma Laboral y Negociación Colectiva”. VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. MTSS. Madrid, 1994.
  - Sobre los despidos por huelga. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - Por una (re) politización de la figura del despido. RDS nº 12, 2000.
  - Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual. RL 2004 – I, versión digital (La Ley 1323/2004).
- **BAYÓN CHACÓN**, G. Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán. RFDUM. Vol. I, nº 1. Madrid, 1957.
  - El concepto jurídico-laboral de empresa. RFDUM. Vol. III, nº 6. Madrid, 1959.
  - La seguridad jurídica en el Derecho del trabajo. En “Libro Homenaje al Profesor Pérez Serrano”. Reus. Madrid, 1959.
  - La indemnización expropiatoria en el despido sin causa. RT nº 1, 1966.
  - El despido, concepto y clases, significación jurídica y social (Lección 1ª); y Significado económico y social del despido (Lección 2ª). En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1970.
- **BAYÓN CHACÓN**, G. y **PÉREZ BOTIJA**, E. Manual de Derecho del Trabajo. Marcial Pons. Madrid, 8ª edición, 1972-73.
- **BECKER**, G. El enfoque económico del comportamiento humano. ICE, 1980.
- **BEJARANO HERNÁNDEZ**, A. La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus. REDT nº 96, 1999.
  - Extinción indemnizada del contrato de trabajo por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
  - Indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales. RDS nº 33, 2006, versión digital (TOL 956971).
- **BELLÓN GÓMEZ**, I. Régimen Laboral español. Selecciones Gráficas. Madrid, 1945.
- **BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO**, J. El cumplimiento de las obligaciones. EDERSA. Madrid, 1956.

- **BELTRAN DE HEREDIA Y ONÍS, P.** El incumplimiento de las obligaciones. EDERSA. Madrid, 1990.
- **BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.** Efectos jurídicos de la revocación de la resolución administrativa que autoriza un expediente de regulación de empleo sobre el contrato de trabajo inicialmente resuelto (comentario a las - cinco - Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo 2006). ASoc nº 21, 2006, versión digital (BIB 2006\2791).
  - El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex art. 52.d) TRET: comentario crítico a la STS – Sala 4ª - 23 de enero 2007 (rec. nº 4465/2005). RL nº 18, 2007.
  - Los criterios de imputación de responsabilidad por accidente de trabajo: una sintética (y breve) aproximación desde las perspectivas del análisis jurídico y del análisis económico del derecho. En “La imputación de responsabilidades en las relaciones laborales (Coord. Agustí Julià)” XIX Jornades Catalanes de Pret Social. Bomarzo. Albacete, 2008.
- **BELTRAN MIRALLES, S.** El despido por causas económicas (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 1996). AL nº 43, 1996.
  - Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000.
- **BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L.** Extinción del Contrato de Trabajo (Disolución de la relación laboral). Reus. Madrid, 1945.
- **BENLLOCH SANZ, P.** Notas acerca de la utilización del despido objetivo por una Administración Pública. ASoc nº 16, 2001, versión digital (BIB 2001\1571).
- **BETTI, E.** Teoría General del negocio jurídico. Comares. Granada, 2000.
- **BISBAL MÉNDEZ, J.** La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso. RDM 1983, nº 167-168.
  - Prólogo a la obra de CALABRESI, G. El coste de los accidentes. Ariel. Madrid, 1984.
- **BLANCO MARTÍN, J. M.** La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
  - El despido objetivo: una aclaración confusa. En “La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social” (Dir. Valdés Dal-Ré). Lex Nova. Valladolid, 1997.
- **BLANCO RODRÍGUEZ, J. E.** Las prestaciones del Mutualismo Laboral a los trabajadores en paro forzoso. RDT nº 23, 1957.
  - La asunción de obligaciones por la empresa sucesora. CPS nº 34, 1957.
- **BLANCO RODRÍGUEZ, J. E. y BLANCO MONTAGUT, M. M.** La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. ASoc 1995, versión digital (BIB 1995\17).
  - La extinción del contrato de trabajo con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción – artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo: Estudio de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia hasta 31 diciembre 1995. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\24).
- **BLANDINO GARRIDO, M. A.** El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución del contrato derivada de su incumplimiento. Revista de Derecho Patrimonial nº 4, 2000, versión digital (BIB 2000\670).
- **BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, Mª. A.** Curso de Seguridad Social. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- **BLASCO PELLICER, A.** Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. RL 1995 - I.
  - El régimen procesal del despido. Tirant Lo Blanc. Valencia, 2000.
  - La difícil aplicación judicial del art. 52.c del Estatuto de los Trabajadores. ASoc nº 5, 2002, versión digital (BIB 2002\649).
  - Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación. RTS nº 147, 2003.

- La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003.
- Ejecución provisional en el orden social tras la nueva LEC. Tirant Lo Blanc. Valencia, 2004.
- Medidas Laborales y de Seguridad Social en la protección integral contra la violencia de género. 2005. Versión digital (www.tirantonline.com, TOL 573798).
- **BLASCO SEGURA, B.** El despido disciplinario en la nueva normativa laboral. REDT nº 5, 1981.
  - El despido disciplinario en el Estatuto de los Trabajadores. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
  - El despido nulo en el Derecho del Trabajo español. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992.
  - La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo. AL 1992 - III.
  - La suspensión del contrato de trabajo: los apartados i), j) y m) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
  - La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. AL 1995 - II.
- **BLAT MELLADO, C.** Extinción del contrato por causas objetivas. En “El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo”. EDERSA. Madrid, 1981.
- **BODAS MARTÍN, R.** El procedimiento de despido disciplinario. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - La nueva regulación de la extinción de los contratos temporales por causas objetivas. RDS nº 16, 2001.
- **BONDIA GARCÍA, D.** Democracia, drets humans i societat civil. En “Els drets humans al segle XXI: continuïtat i canvis (Dir. Bonet Pérez y Sánchez)”. Huygens. Barcelona, 2007.
- **BOLTAÏNA BOSCH, X.** La extinción de los contratos de trabajo en la Administración pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias. TL nº 65, 2002.
  - Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública. ASoc nº 4, 2002, versión digital (BIB 2002\533).
- **BORRAJO DACRUZ, E.** El Abuso de derecho en el Contrato de Trabajo. RDT nº 1, 1954.
  - Los auxiliares del comerciante en derecho español. RDM, nº 63-64, 1957.
  - Sujetos protegidos y objeto en la relación jurídica del seguro contra el paro involuntario. RISS, nº 6, noviembre-diciembre 1959.
  - Reinterpretación jurisprudencial del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo”. MTSS. Madrid, 1990.
  - La triple dimensión de los despidos colectivos y objetivos plurales: interés legítimo del trabajador, exigencias organizativas de la empresa y protección por desempleo. AL 1995 - I.
  - Experiencia catalana: predeterminación por pacto colectivo de empresa de las causas económicas y de producción en los despidos colectivos y plurales. AL 1996 - I.
  - Fundamento de la protección por accidente de trabajo: balance y perspectiva (Notas introductorias al estudio de la Ley de 1900). En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.
  - Los salarios de tramitación: mito y realidad. AL nº 12, 2003, versión digital.
- **BOUTHELIER, A.** En torno al problema del paro forzoso en España. RT nº 23, 1941.
- **BRETON, A.** La economía de una democracia representativa. ICE nº 557, 1980 - I.
- **BRIONES GONZÁLEZ, C.** La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. MTSS. Madrid, 1995.
- **BUCHANAN, J. M.** La constitución de la política económica. PEE nº 30/31, 1987 - I.

- **BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G.** El cálculo del consenso. Espasa-Calpe. Madrid, 1980.
- **BUCHANAN, J., MCCORMICK, R. y TOLLISON, R.** Análisis Económico de lo político. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984.
- **BURGOS HERRERA, E.** La acumulación de despido y extinción de contrato de trabajo (art. 32 LPL). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1168).
- **BURTON, J.** ¿Por qué expoliamos a la naturaleza? Prólogo a la obra de CHEUNG, S. N. S. El mito del coste social. Instituto de Economía de Mercado. Unión Editorial, 1980.
- **CABANELLAS, G.** Plazo de prueba en el contrato de trabajo. RPS nº 49, 1961.
- **CABEZA PEREIRO, J.** El despido tácito. REDT nº 64, 1994.
  - El proceso de oficio como instrumento de control de las modificaciones, suspensiones y extinciones contractuales de los arts. 41, 47 y 51 ET. RL 1994 - I.
  - Reducción de jornada y situación legal de desempleo. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\31).
  - La readmisión irregular en la doctrina más reciente de los Tribunales del Orden Social. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997.
  - Las perspectivas de los trabajadores de contratas de limpieza tras la sentencia Hernández Vidal. AL nº 32, 1999.
  - Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal. REDT nº 100, 2000.
  - La subrogación empresarial en las contratas de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE. STJCE, de 24 de enero de 2002. AL nº 14, 2002.
  - Consideraciones sobre el desempleo parcial. Con ocasión de la STC 213/2005, 21 de julio. AL nº 20, 2005, versión digital (La Ley 5013/2005).
- **CABRERA BAZÁN, J.** La novación ilícita del contrato de trabajo. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1963.
  - Método jurídico y función del jurista. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
  - Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo. En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”. Tecnos. Madrid, 1980.
  - Modificación y extinción del contrato y crisis económica. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - Oportunidad y procedencia de la reforma del mercado laboral. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996.
- **CABRERA CLAVER, J.** El vigente Derecho Procesal del Trabajo. RGLJ, 1942.
  - Concepto y naturaleza jurídica del despido. RJC, Julio – Agosto 1950.
- **CABRILLO, F.** Industrialización y derecho de daños en la España del siglo XIX. RHE nº 3, 1994.
- **CAIROS BARRETO, D. M.** La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad. AL 1996 - I.
- **CALABRESI, G.** El coste de los accidentes. Ariel. Madrid, 1984.
  - Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. AFD, 1985, Tomo II.
  - Il Futuro dell’Analisi Economica del Diritto. En “Ragioni del Diritto e raciona dell’Economia” (Pocar y Velicogna). Università degli studi di Siena. Franco Angeli. Milano, 1990.
- **CALLEJO DE LA CUESTA, P.** Derecho Social. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1935.
- **CALSAMIGLIA, A.** Eficiencia y derecho. DOXA nº 4, 1987.
  - Justicia, eficiencia y derecho. RCEC nº 1, 1988.
  - Racionalidad y eficiencia del Derecho. Fontamara. México, 1993.
- **CAMACHO ORTEGA, J. D.** La excedencia sindical. Ibidem. Madrid, 1997.
- **CÁMARA BOTÍA, A.** La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.



- **CAMAS RODAS**, F. Algunas reflexiones sobre el despido disciplinario nulo en fraude de ley. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
- **CAMERLYNK**, G. H. y **LYON-CAEN**, G. Derecho del Trabajo. 5ª Edición (1972). Biblioteca Jurídica Aguilar. Trad. Ramírez Martínez. Madrid, 1974.
- **CAMÓS VICTORIA**. La necesidad de definir y concretar las causas económicas en la extinción por causas objetivas: el caso de la empresa ‘Estampaciones Sabadell, SA’. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
- **CAMPS RUIZ**, L. M. La sucesión de empresa. RT nº 81, 1986.
  - Transmisión de empresa: efectos laborales según la jurisprudencia I y II. AL 1991 - I.
  - Promoción profesional en la empresa. AL 1994 - I.
  - La modificación de las condiciones de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994.
  - Modificación, suspensión y extinción de las relaciones laborales. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
  - Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.
- **CANCIO FERNÁNDEZ**, R. C. El incidente de no readmisión: aspectos procesales y limitaciones legales del debate. Boletín Aranzadi Laboral nº 11 y 36/2002, versión digital (BIB 2002\2018 y 2166).
- **CANDIL**, F. La cláusula rebus sic stantibus. Escelicer. Madrid, 1946.
- **CANO VIVANCOS**, M. El procedimiento de despido en las nuevas reglamentaciones de trabajo. RDPR 1945.
- **CAÑAL RUIZ**, J. M. y **RUBIO DE MEDINA**, M. D. El Estado como mayor beneficiario de la reforma laboral. ASoc nº 6, 2001, versión digital (BIB 2001\729).
- **CARDONA RUBERT**, M. B. Despido de trabajadora embarazada como manifestación de discriminación directa por razón de sexo. ASoc nº 21, 2001, versión digital (BIB 2002\47).
  - Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria. Aranzadi. Pamplona, 2002.
- **CARIOTA FERRARA**, L. El negocio jurídico. Trad. Albaladejo. Aguilar. Madrid, 1956.
- **CARMONA POZAS**, F. El incidente de readmisión irregular. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
- **CARRIÓN MOYANO**, E. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999.
- **CARRO IGELMO**, A. J. Las justas causas de despido en la doctrina del Tribunal Central de Trabajo. RDT nº 10, 1955.
  - El concepto de accidente de trabajo en el Derecho español. Porto i Cía. Editores. Santiago de Compostela, 1955.
  - El despido justo. Bosch. Barcelona, 1957.
  - Características de las justas causas de despido. RT nº 23, 1957.
  - La suspensión del contrato de trabajo. Bosch. Barcelona, 1959.
- **CASAS BAAMONDE**, M. E. Clasificación profesional: prescripción de acciones y competencia de la administración laboral. Comentario a la Sentencia de la sala 4ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1971. RPS nº 92, 1971.
  - Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el derecho del trabajo de la crisis. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - Irregularidad formal, fraude de ley y nulidad del despido disciplinario. RL 1994 - II.
  - Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva. RL 1994 - II.
  - La nulidad del despido y sus efectos. En “Reforma de la legislación laboral (Coord. de la Villa Gil)”. Marcial Pons. Madrid, 1995.
  - La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - ‘Descuelgue’ salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II). RL 1995 - I.

- Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea. En “Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”. (Dir. Aramendi Sánchez). CGPJ. Madrid, 1996.
- Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva. RL 1996 - II.
- Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos. RMTAS nº 3, 1997.
- Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre la estructura de la Negociación Colectiva. RL 1997 – I.
- El despido disciplinario en la jurisprudencia de unificación de doctrina y la reforma legislativa de 1994. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
- **CASAS PARDO, J.** Estudio introductorio a la obra de BUCHANAN, J., MCCORMICK, R. y TOLLISON, R. Análisis Económico de lo político. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1984.
- **CASTIÑEIRA PALOU, LLOBET ANGLÍ y MONTANER FERNÁNDEZ.** Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales. Revista InDret nº 1, 2005, www.indret.com.
- **CASTRO ARGÜELLES, M. A.** Reincidencia en faltas graves como causa de despido disciplinario. ASoc nº 9, 2003, versión digital (BIB 2003\986)
- **CASTRO ARGÜELLES, M. A. y GARCÍA MURCIA, J.** La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor? ASoc nº 7, 2000, versión digital (BIB 2000\513).
- **CATALÁ, M.** De la relación jurídica de las partes en el llamado contrato de trabajo. RT nº 31, 1942.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F.** La reforma del mercado de trabajo. ASoc 1994, versión digital (BIB 1994\34).
  - El despido por fuerza mayor. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
  - Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\968 y 975).
  - Naturaleza jurídica y garantía de pago de los salarios de tramitación: ¿Punto y final al debate sobre dos viejas cuestiones? ASoc nº 20, 2002, versión digital (BIB 2003\111).
  - El nuevo derecho del empleo. A propósito de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. ASoc nº 19, 2004, versión digital (BIB 2004\1555).
  - Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas. ASoc nº 14, 2005, versión digital (BIB 2005\2175).
  - El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación. RMTAS nº 58, 2005.
  - A vueltas sobre el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario. ASoc nº 22, 2005, versión digital (BIB 2005\2804).
- **CAVAS MARTÍNEZ, F. y CARDENAL CARRO, M.** Contratación y modalidades contractuales. En “La reforma laboral de 2001. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo” (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2001.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.** La recuperación de las horas de trabajo perdidas por fuerza mayor. REDT nº 51, 1992.
- **CECA MAGÁN, E.** La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Revista General de Derecho. Valencia, 1999.
- **CENDÓN TORRES, R.** El despido de la trabajadora por empleador que ignora el estado de gravidez. RDS nº 36, 2007.
- **CERRILLO QUÍLEZ, F.** Manual Práctico para el despido de trabajadores y sus formularios. 2ª Edición. Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal. Barcelona, 1950.
  - Tratado práctico de derecho social. Editorial Jurídica Española. Madrid-Barcelona, 1955.

- **CHARRO BAENA**, P. La concreción del horario laboral del trabajador que reduce su jornada por motivos familiares. ASoc nº 10, 2000, versión digital (BIB 2000\1217).
- **CHEUNG**, S. N. S. El mito del coste social. Instituto de Economía de Mercado. Unión Editorial, 1980.
- **CHOCRÓN GIRÁLDEZ**, A. M. El proceso de despido: de la demanda a la sentencia. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **CLAVERA, ESTEBAN, MONÈS, MONTSERRAT y ROS HOMBRAVELLA**. Capitalismo Español: de la autarquía a la estabilización (1939-59). Cuadernos para el Diálogo. Edicusa. Madrid, 1973.
- **COASE**, R. H. La naturaleza de la empresa. ICE nº 557, 1980-I.
  - El problema del coste social. HPE nº 68, 1981.
  - La empresa, el mercado y la ley. Alianza. Madrid, 1994.
- **COBO DEL ROSAL**, M. y **VIVES ANTÓN**, T. Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.
- **COLÀS NEILA**, E. La calificación de nulidad del despido de la mujer embarazada. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **COLLADO GARCÍA**, L. y **ROMERO RÓDENAS**, M. J. Ejecución provisional de las sentencias de despido tras la entrada en vigor de la Ley 11/94, de 19 de mayo. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.
- **COLOMA**, G. Análisis económico del derecho privado y regulatorio. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2001.
- **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**, M. T. Las limitaciones causales a las modificaciones del contrato de trabajo. En “Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima”. Comares. Granada, 2002.
- **CONDE MARTÍN DE HIJAS**, V. Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”. (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
- **COOTER**, R. y **ULEN**, T. Derecho y economía. Trad. Suárez, L. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.
- **CORBERA HERREROS**, T. Despido improcedente + Recurso de suplicación + Readmisión irregular = Error judicial. Boletín Aranzadi Laboral, septiembre 2001, versión digital (BIB 2001\1003).
- **CORONA**, J. F. La racionalidad en el análisis económico. En “Análisis Económico del Derecho y de la Política (Ed. Puy Fraga)”. Fundación Alfredo Bañas. Santiago de Compostela, 1993.
- **CORTE HEREDERO**, N. El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1099).
- **COSSÍO DÍAZ**, J. R. Derecho y análisis económico. Fondo de Cultura Económica. México, 1997.
- **COSTA REYES**, A. Responsabilidad de la empresa principal por salarios de tramitación tras la Ley 45/2002: ¿una reforma sin cambios? ASoc nº 4, 2006, versión digital (BIB 2006\736)
- **CREMADES**, B. M. Las prestaciones por paro debido a la reconversión de industrias y crisis de trabajo en el VIII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo. RISS nº 5, 1969.
- **CRISTÓBAL MONTES**, A. El incumplimiento de las obligaciones. Tecnos. Madrid, 1989.
- **CRUZ VILLALÓN**, J. La movilidad geográfica del trabajador. RPS nº 125, 1980.
  - Las modificaciones de la prestación de trabajo. MTSS. Madrid, 1983.
  - La resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 259/2001).
  - El control judicial de los actos de la administración laboral: la extensión de las jurisdicciones Laboral y Contencioso-Administrativa. En “Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. II Jornadas Catalanas de Derecho Social. Madrid, 1990.
  - Régimen jurídico del despido nulo. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992.
  - El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid 1994.

- Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994. En “la nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo” (Dir. Calvo Ibarlucea). CGPJ. Madrid, 1995.
- Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
- Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- La aplicación judicial de la reforma en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
- El reconocimiento de improcedencia del despido en conciliación preprocesal. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
- Art. 39. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998.
- Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales. RL 2003 – II.
- Requisitos ordinarios: la carta de despido. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- Modificación del tiempo de trabajo. RDS nº 38, 2007, versión digital (TOL 1126971).
- **CRUZ VILLALÓN, J. ET ALTRI.** Estatuto de los Trabajadores comentado. Tecnos. Madrid, 2003.
- **CUBERO ROMERO, V.** Movilidad funcional y geográfica. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999.
- **CUENCA ALARCÓN, M.** Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas (comentario a la STS 7 de abril 2000). RL 2000 - II.
- **CUESTA BUSTILLO, J.** Los Seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración. MTSS. Madrid, 1988.
  - El proceso de expansión de los seguros sociales obligatorios. Las dificultades 1919-1931, en Historia de la acción social pública en España, beneficencia y previsión. MTSS. Madrid, 1990.
- **DALMASSO, E. I.** Un análisis sobre el alcance del reconocimiento del derecho al trabajo en la Constitución Española. Boletín Aranzadi Laboral nº 46, 2003, versión digital (BIB 2003\1304).
- **DE AGUINAGA TELLERÍA, A.** La clasificación profesional en nuestro derecho del trabajo. CPS nº 11, 1951.
- **DE ALCÁNTARA Y COLÓN, J. M.** La incapacidad temporal. El requisito de la carencia de cotización a efecto de incapacidades temporales sucesivas. Criterios Jurisprudenciales. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2002. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales nº 18, 2003, versión digital (BIB 2003\1539).
- **DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.** La reparación de daños personales en el Derecho español. RES nº 57, 1989.
  - Sobre la eventual limitación de la cuantía de las indemnizaciones en daños personales derivados de la circulación. DJ nº 81, 1995.
  - Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño). Civitas. Madrid, 1995.
- **DE CASTRO Y BRAVO, F.** El negocio jurídico. Civitas. Madrid, 1985.
- **DE COSSIO, A.** La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español. ADC 1966.
- **DE FUENTES GARCÍA ROMERO, C.** Inaplicación del art. 24.5 del Convenio Colectivo de limpieza de la CAM a la empresa principal de una contrata. ASoc nº5, 2002, versión digital (BIB 2002\653).
- **DE GRIJALBA, A. R.** El contrato de trabajo. Francisco Beltrán Ed. Madrid, 1922.
- **DE LLUIS Y NAVAS, J.** La llamada cláusula “rebus sic stantibus” como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados. RGLJ, 1956.

- Crisis de trabajo y modificación de condiciones laborales. Ediciones Anabasis. Barcelona, 1960.
- Manual de Derecho Laboral. Librería Bosch. Barcelona, 1975.
- **DE MESQUITA, L. J.** El poder disciplinario laboral. CPS n° 9, 1951.
- **DE MIGUEL LORENZO, A. M.** La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Civitas. Madrid, 1993.
- **DE LA CRUZ PACHECO, V.** Las consecuencias del despido sobre altas, bajas y cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
- **DE LA CUEVA, M.** La estabilidad en el empleo. RPS n° 70, 1966.
- **DE LA PUEBLA PINILLA, A.** Art. 64. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano). Tecnos. Madrid, 2004.
  - La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2005.
  - Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. RL 2005 – I.
  - Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. RL n° 22, 2007.
- **DE LA RUA MORENO, J. L.** La intervención administrativa en el contrato de trabajo y su control jurisdiccional: empleo, permisos y autorizaciones de trabajo. Traslados, modificaciones de condiciones de trabajo, suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tecnológicas y fuerza mayor. En “Problemas de delimitación de competencias entre el orden Contencioso-Administrativo y el orden Social de relaciones laborales en el sector público”. CGPJ. Madrid, 1993.
- **DE LA VILLA GIL, L. E.** La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1960.
  - Teoría del Receso (problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo. RDT n° 42, 1960.
  - Sistemas para la cobertura del riesgo de paro forzoso. RISS, n° 6, noviembre-diciembre 1961.
  - Relaciones laborales de hecho. RDT n° 47, 1961.
  - El fallecimiento del titular de la Empresa, como causa de extinción del contrato de trabajo. RDT n° 53, 1962.
  - Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las “relaciones laborales de hecho”. RFDUM n° 14, 1962.
  - La política de prestaciones de la Seguridad Social. En “Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1964.
  - La formalización (carta y expedientes) del despido disciplinario. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - El ‘factum principis’. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. RPS n° 85, 1970.
  - Problemas de estabilidad en el empleo. Estudios sociales. Murcia, 1973.
  - Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga. En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”. Tecnos. Madrid, 1980.
  - La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea. RT n° 76, 1984.
  - Los efectos del despido nulo. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 en la construcción del ordenamiento laboral español. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.

- La formación histórica del Derecho Español del Trabajo. Comares. Granada, 2003.
- **DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C.** Introducción a la Economía del Trabajo. Vol. I y II. Debate. Madrid, 1977.
- **DE SOTO RIOJA, S.** El contenido de la prestación laboral. RL 1995 - II.
  - La rescisión contractual a instancia del trabajador: problemas de enjuiciamiento. ASoc nº 9, 2003, versión digital (BIB 2003\1006).
- **DE VAL ARNAL, J. J. y MUÑOZ MARTÍNEZ, E. M.** La defensa y argumentación razonable de la extinción del contrato de trabajo de un transexual: entre la discriminación por razón de sexo o el error en la persona. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **DE VAL TENA, A. L.** La ejecución provisional de las sentencias por despido. En “La ejecución de sentencias de despido” (Autora: Carmen Ortiz Lallana). ACARL. Madrid, 1995.
  - Pacto de prueba y contrato de trabajo. Civitas. Madrid, 1998.
  - Los trabajadores directivos de la empresa. Aranzadi. Pamplona, 1999.
  - Despido y representación de los trabajadores. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **DEL PESO CALVO, C.** El Fuero del Trabajo y la seguridad social española. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. IEP. Madrid, 1961.
  - La estabilidad en el empleo. RPS nº 70, 1966.
  - La fuerza mayor propia. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - La fuerza mayor en general, como causa de extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
- **DEL REY GUANTER, S.** La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo. RL 1988 - I.
  - Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional. En “Constitución y Derecho del Trabajo: 1981 – 1991 (Coord. Alarcón Caracuel)”. Marcial Pons. Madrid, 1992.
  - Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores). En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994.
  - Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994.
  - La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral. Tirant Lo Blanch. Colección laboral nº 15. Valencia, 1995.
  - Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general. RL 1995 – I.
  - La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. En “La dimensión de la Empresa y la reforma de la legislación laboral” (Coord. García Blasco). V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 1996.
  - El despido colectivo y la reforma laboral de 1997. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998.
  - El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET. TL nº 61, 2001.
- **DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.** Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999.
  - La transmisión de empresas en situaciones concursales. RL 2003 – II.
- **DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO GARCÍA, R.** El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. RMTAS nº 58, 2005.

- **DEL REY GUANTER, S. y SERRANO OLIVARES, R.** Extinción del contrato y autonomía individual: A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1996 y de 15 de enero de 1997. AL 1998 – II.
- **DEL VALLE VILLAR, J. M.** Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1993.
  - La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. ACARL. Madrid, 1996.
  - Sobre el llamado ‘despido objetivo’. DL n° 54, 1997.
  - El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. RMTAS n° 8, 1998.
- **DEMSETZ, H.** Intercambio y exigencia del cumplimiento de los derechos de propiedad. HPE n° 68, 1981.
  - Hacia una teoría de los derechos de propiedad. HPE n° 68, 1981.
- **DESDENTADO BONETE, A.** El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - El despido objetivo económico entre dos reformas: 1994 y 1997. RL 1998 - II.
  - Suspensión y extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor. REDT n° 100, 2000.
  - La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la Jurisprudencia. RMTAS n° 38, 2002.
  - La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación. RL 2003 – II.
  - Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes. RDS n° 24, 2003, versión digital (TOL 352.014).
- **DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.** Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina. Lex Nova. Valladolid, 2002.
  - La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal. RTS n° 166, 2004.
- **DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.** Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico. Separata “Los Despidos por causas técnicas, organizativas y productivas”. CDJ.
- **DESDENTADO DAROCA, E.** La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento. RL 1996 - I.
- **DESPAX, M.** L’entreprise et le droit. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1957.
- **DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.** Arts. 1281 a 1289. En “Comentarios al Código Civil (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano). Aranzadi. Pamplona, 2001.
- **DÍAZ CRUZ, M.** La cláusula “Rebus sic stantibus” en el derecho privado. RGLJ, 1946.
- **DIÉGUEZ CUERVO, G.** Las reglas disciplinarias del trabajo. RPS n° 67, 1965.
  - Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites. REDT n° 27, 1986.
  - Decisiones de gobierno y de derecho en la modificación, suspensión y extinción colectivas de las relaciones de trabajo. RMTAS n° 3, 1997.
  - Dimisión sin causa y por incumplimiento del empresario. REDT n° 100, 2000.
- **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.** Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. ADC 1961.
  - Fundamentos de derecho civil patrimonial. 4ª Edición. Tecnos. Madrid, 1993.
  - Derecho de Daños. Civitas. Madrid, 1999.
- **DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.** La Directiva 2000\78 o la posible vuelta a la nulidad del despido motivado por la situación de incapacidad temporal: comentarios al Auto de 7 de enero de 2005 del Juzgado Social 33 de Madrid y Sentencia de 29 de marzo de 2005 del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona. AJA n° 684, 2005, versión digital (BIB 2005\1750).
  - El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006. AJA n° 719, 2006, versión digital (BIB 2006\1726).

- **DRAPER MATHEU, J.** La comprobación de la existencia de la crisis. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
- **DURÁN LÓPEZ, F.** La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa. RDM, nº 131, 1974.
  - La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal. RPS nº 115, 1977.
  - El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido. RPS nº 117, 1978.
  - La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo. RJC nº 1, 1978.
  - Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador. RPS nº 123, 1979.
  - El trabajo temporal (la duración del contrato de trabajo). Instituto de Estudios Sociales. Madrid, 1980.
  - Legislación de empleo y reconversiones industriales. RPS nº 137, 1983.
  - Contratación temporal y crisis económica. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - El período de prueba. Voz para una Enciclopedia. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 658/2001).
  - Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido. RL 1990 – I.
  - El proceso de despido en el nuevo texto articulado: cognición y ejecución. AL 1990 – III.
  - Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo. RL 1991 - I.
  - Forma de realización de la huelga: referencia especial a la huelga ilegal y a los actos abusivos distintos de la huelga. En “Estudios sobre la huelga”. ACARL. Madrid, 1992.
  - Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - Despido objetivo: causas, forma y efectos. REDT nº 100, 2000.
  - El tratamiento de los despidos económicos no colectivos en la evolución normativa y jurisprudencial. RMTAS nº 58, 2005.
- **DURÁN Y LALAGUNA, P.** Una aproximación al análisis económico del derecho. Comares. Granada, 1992.
- **DURÉNDEZ SÁEZ, I.** El despido objetivo por crisis. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
- **DWYER, T.** Riesgo y trabajo: La búsqueda de un nuevo paradigma. RST nº 39, 1999/2000.
- **ELORZA, A.** El proyecto de Ley Alonso Martínez sobre el trabajo en la industria (1855). RT nº3-4, 1969.
- **ELORZA GUERRERO, F.** Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores. CES. Madrid, 2000.
  - Justificación del despido colectivo en el caso de un grupo económico de empresas. TL nº 54, 2000.
- **ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.** Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos. RL 1998 - I.
- **ESCUDERO MORATALLA, J. F.** y **MARTÍNEZ GONZÁLEZ, F.** Despido y salarios de tramitación. Bosch. Barcelona, 2003.
- **ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.** La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros. RL 1989 – I, versión digital (La Ley 297/2001).
  - Los estímulos a la contratación laboral: una apuesta, no del todo uniforme, en favor del empleo estable. RL 2000 - I.
- **ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.** y **MERCARDER UGUINA, J. R.** La nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo. RL 1995 – I.
- **ESPERT SANZ, V.** La frustración del fin del contrato. Tecnos. Madrid, 1968.



- **ESPUNY TOMÀS, M. J.** El projecte de llei d'intervenció obrera a la gestió de les indústries. En "Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)". Cálamo. Mataró, 2007.
- **ESTADELLA, J. y ARÁN HORTS, J.** El fracaso de los Jurados Mixtos. Hacia una profunda reforma de los organismos de política social. Reus. Madrid, 1936.
- **ESTEBAN LEGARRETA, R.** Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo. En "La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)". VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996.
- **ESTEVE SEGARRA, A.** La jubilación del empresario como causa de extinción de la relación laboral en los supuestos en que se mantiene la titularidad de la actividad empresarial. AL nº 32, semana del 6 al 12 de septiembre 1999.
- **FAGOAGA, M.** Técnicas modernas de organización y gestión y la Seguridad Social. RPS nº 76, 1967.
- **FENECH, A.** Límites a la asunción de obligaciones por la Empresa sucesora. RDT nº 12, 1955.
- **FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.** La amortización del puesto de trabajo y desaparición de las funciones en el despido por causas objetivas del art. 52 c) ET. AL nº 26, 2002 (versión digital).
  - Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52 c) ET. RL 2003 - I.
- **FERNÁNDEZ CANTO, J. L.** La resolución de los contratos por causa de incumplimiento. RGLJ, 1960.
- **FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.** La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo. Civitas. Madrid, 1993.
  - Expedientes de regulación de empleo. Trotta. Madrid, 1993.
  - Reflexiones sobre el despido por causas empresariales. TL nº 55, 2000.
- **FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.** La transformación de acciones individuales en extinciones colectivas: el funcionamiento en la práctica judicial del derecho reconocido en el artículo 50.1.b) del ET dentro del concurso. RTSS – CEF nº 284, 2006.
- **FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.** El despido en los conflictos colectivos. En "Dieciséis Lecciones sobre causas de despido". Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - La posible revisión jurisdiccional de las resoluciones sobre crisis. En "Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo". Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1970.
- **FERNÁNDEZ HERAS, A.** Tratado práctico de legislación social. Zaragoza (7ª Edición), 1958.
- **FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.** La modificación del contrato. Aranzadi. Pamplona, 1992.
- **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.** El poder disciplinario en la empresa. Civitas. Madrid, 1991.
  - La ejecución forzosa de las sentencias dictadas en los procesos por despido. RL 1991 - II.
  - La extinción del contrato por voluntad del trabajador. En "La extinción del contrato de trabajo. El despido". CGPJ. Madrid, 1992.
  - El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral (I y II). AL 1995 - I.
  - Ejecución provisional y definitiva en los procesos de despido. En "El régimen del despido tras la reforma laboral" (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - Formalidades y procedimiento de la extinción del contrato de trabajo. RDS nº 4, 1998.
  - Descentralización productiva, contrata y despido por causas organizativas. En "Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno". Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
  - El empresario como parte del contrato de trabajo. En "En "Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas" (Coord. Fernández López). Trotta. Madrid, 2004.
  - Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, Concursal. RDS nº 26, 2004, versión digital (TOL 474396).
  - Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo. RDS nº 29, 2005, versión digital (TOL 662387).
  - La dimensión laboral de la violencia de género. Bomarzo. Albacete, 2005.

- **FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.** Indemnizaciones por despido y contratación temporal (a propósito de la STS de 31 de mayo de 2006 y otras cuestiones). RL nº 12, 2007.
- **FERNÁNDEZ PRIETO, M.** Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción. Dos supuestos concretos: reducción como medida de reestructuración de plantilla – jubilación parcial anticipada – y reducción por motivos familiares – lactancia y guarda legal o cuidado directo. ASoc nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1620).
- **FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.** Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006). ASoc nº 3, 2006, versión digital (BIB 2006\637).
- **FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.** La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero). XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997.
- **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.** La doctrina de los vicios de orden público. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1970.
- **FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.** La denominada “jubilación anticipada”: Cuestiones que presenta. RISS, nº 1, 1969.
- **FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B.** La protección por incapacidad temporal en los supuestos de larga enfermedad de trabajadores autónomos. ASoc nº 7, 2003, versión digital (BIB 2003\880).
- **FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.** El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales. Aranzadi Civil 1997, versión digital (BIB 1997\62).
- **FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.** Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996.
- **FERNÁNDEZ XESTA, A.** Estabilidad en el trabajo y permanencia de los salarios. RT nº 53, 1942.
- **FERRADANS CARAMÉS, C.** Medidas laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y negociación colectiva. RDS nº 32, 2005.
- **FERRANDO GARCÍA, F.** Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- **FERREIRO, BEA, GÓMEZ e INTXAUSTI.** Teoría ‘Insider-Outsider’ y temporalidad en el mercado de trabajo español. RMTAS nº 51, 2004.
- **FERRER VALES, J.** Breve Comentario al Código de Trabajo. RGLJ, 1927.
- **FERRERAS ALONSO, F.** Los efectos en la seguridad social de la aplicación de la política de reconversión industrial durante 1985. RSS nº 28, 1985.
- **FINA SANGLAS, Ll.** El reto del empleo. McGraw Hill. Madrid, 2001.
  - Mercado de trabajo y políticas de empleo. CES. Madrid, 2002.
- **FITA ORTEGA, F.** La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.
  - El despido de la trabajadora que, tras la maternidad, se encuentra disfrutando de sus vacaciones anuales retribuidas. ASoc nº 3, 2006, versión digital (BIB 2006\534).
- **FOLGUERA CRESPO, J.** Despido disciplinario y reforma laboral: aspectos procesales. AL 1995 - I.
- **FRANCÉS, P.** Introducción a la obra de GAUTHIER. Egoísmo, moralidad y sociedad liberal. Paidós. Barcelona, 1997.
- **FUENTES RODRÍGUEZ, F.** El procedimiento administrativo de autorización de los despidos colectivos. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- **FUENTESECA, C.** La condición potestativa. Dykinson. Madrid, 1999.
- **FURUBOTN, E. G. y PEJOVICH, S.** Los derechos de propiedad y la teoría económica: examen de bibliografía reciente. HPE nº 68, 1981.
- **FUSTÉ MIQUELA, J. M.** Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal. En “El arbitraje laboral. Los acuerdos de Empresa (Coord. Ojeda Avilés). VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996.
  - Notas sobre la reforma de la legislación laboral en materia de traslados: ‘ius variandi’, participación y dimensión de la empresa. En “La dimensión de la Empresa y la reforma de la

legislación laboral” (Coord. García Blasco). V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 1996.

- **GALA DURÁN, C.** Modificación sustancial de condiciones y cuantía salarial. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\63).
  - Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales. AL 1997 - II.
  - Violencia de Género y Derecho del Trabajo: Una aproximación a las diversas medidas previstas. RL 2005 – I.
  - El seguro obligatorio de maternidad. En “Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)”. Cálamo. Mataró, 2007.
- **GALÁN PÉREZ, J. J.** El poder directivo del empresario y la movilidad del personal dentro de la empresa. RPS nº 100, 1973.
- **GALDÓS LOYOLA, E.** La ejecución de las sentencias en materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones laborales. AL 1997 – III.
- **GALIANA MORENO, J. M.** y **GARCÍA ABELLÁN, J.** El despido nulo. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
- **GALLART Y FOLCH, A.** Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de trabajo. Librería Bosch. Barcelona, 1929.
  - Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española. Librería Bosch. Barcelona, 1932.
  - Derecho Español del Trabajo. Labor. Barcelona, 1936.
- **GALLEGO MORALES, A. J.** Art. 9. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998.
- **GÁMEZ OREA.** Despidos colectivos y principio de congruencia. En “Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- **GÁRATE CASTRO, J.** Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido. ACARL. Madrid, 1994.
  - Notas sobre la reducción del período de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - La movilidad funcional (en torno al artículo 39). REDT nº 100, 2000.
  - La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre los cambios, sustanciales, producidos en el régimen jurídico de los salarios de tramitación. RL 2003 – I.
  - La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre el general restablecimiento, con algunos cambios, del precedente régimen jurídico de los salarios de tramitación. RTS nº 151, 2003.
- **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.** Causas del despido nulo. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - Poder de dirección y movilidad funcional. El estado de la cuestión en torno a los nuevos criterios de clasificación profesional. La noción de grupo profesional y alcance de la expresión “derechos profesionales”. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo. En “El régimen del despido tras la reforma laboral” (Ed. Aparicio Tovar y Baylos Grau). Ibidem. Madrid, 1995.
  - El despido en la jurisprudencia constitucional. En “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Dir. Folguera Crespo). CDJ XVII, 1996.
  - El despido en la jurisprudencia constitucional. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.

- Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004.
- **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R.** Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales. RL 2003 – II.
  - Las reformas en materia laboral de la Ley 45/2002. En “La Ley 45/2002 de reforma de la prestación por desempleo” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2003.
- **GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.** El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica. RT n° 92, 1988.
- **GARCÍA ABELLÁN, J.** El riesgo imprevisible en el contrato de trabajo. Anales de la Universidad de Murcia Volumen XVII n° 3, 1959.
  - La indemnización por despido improcedente y el arbitrio judicial para su fijación. RDT n° 37 y 38, 1960.
  - El conflicto colectivo de trabajo en el derecho español. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. IEP. Madrid, 1961.
- **GARCÍA ÁLVAREZ, M. R.** La extinción discriminatoria. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **GARCÍA BECEDAS, G.** Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 de la OIT. RT n° 85, 1987.
  - El despido como acto recepticio (estudio de la jurisprudencia). En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
- **GARCÍA BLASCO, J.** El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos. Bosch. Barcelona, 1983.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, E.** La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. Civitas. Madrid, 1974.
- **GARCÍA DE HARO, R.** El riesgo de paro en el seguro nacional de desempleo. RISS n° 3, 1963.
- **GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M.** El proceso especial de despido. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
  - La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial. RMTAS n° 38, 2002.
- **GARCÍA FERNÁNDEZ, M.** El rendimiento debido en la relación de trabajo. REDT n° 3, 1980.
  - Autorización administrativa e intervención judicial en los despidos por causas económicas. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
  - El Derecho del Trabajo en la recesión económica española. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Palma de Mallorca, 1983.
  - La formación del Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.
  - La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo. AL 1994 - II.
  - La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995.
  - La movilidad funcional. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
  - Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial. AL 1995 - I.

- **GARCÍA FERNÁNDEZ ET ALTRI.** Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. McGraw Hill. Madrid, 1999.
- **GARCÍA GOYENA,** F. Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español. Madrid 1850 (edición facsímil de Editorial Base, Barcelona, 1973).
- **GARCÍA LASO,** A. Mercado de trabajo regional y políticas de empleo de las Comunidades Autónomas. RT n° 97, 1990.
- **GARCÍA LÓPEZ,** R. Consideraciones en torno a la figura del despido. RPS n° 143, 1984.
- **GARCÍA MURCIA,** J. Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia. REDT n° 15, 1983.
  - Contratación temporal para el fomento del empleo y ordenanzas laborales. REDT n° 33, 1988
  - El despido nulo por defectos formales en la nueva LPL. AL 1991-III, versión digital (La Ley 5219/2002).
  - Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales. REDT n° 52, 1992.
  - La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994.
  - Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa. DL n° 46, 1995.
  - Perspectivas jurídicas de la reforma del mercado de trabajo. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996.
  - La extinción del contrato de trabajo por incapacidad del empresario. RTS n° 61, 1996.
  - Movilidad geográfica: condiciones para la aplicación del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
  - Los acuerdos de empresa. CES. Madrid, 1998.
  - Las limitaciones colectivas a las modificaciones del contrato de trabajo (el papel de los acuerdos de empresa). En “Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima”. Comares. Granada, 2002.
  - Movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo. RMTAS n° 58, 2005.
- **GARCÍA MURCIA,** J. y **ROMÁN VACA,** E. Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\67).
- **GARCÍA NINET,** J. I. Jornada de Trabajo. Horario y horas extraordinarias. EDERSA, 1977.
  - Ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por incapacidad temporal. RTS n° 61, 1996.
  - La incapacidad temporal. En “La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996.
  - Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. RTS n° 170, 2005.
- **GARCÍA OVIEDO,** C. Algunas consideraciones acerca de la lucha legal contra el paro forzoso. Discurso leído en la Solemne Apertura del Curso Académico de 1928 a 1929 en la Universidad de Sevilla. Eulogio de las Heras. Sevilla, 1928.
  - Tratado Elemental de Derecho Social. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid (Ed. 1934) y (Ed. 1945).
- **GARCÍA ORTEGA,** J. La sucesión de contratistas. En “Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- **GARCÍA PAREDES,** M. L. Desempleo. Reducción definitiva de jornada y principio de igualdad. AL n° 20, 2005.
- **GARCÍA PÉREZ,** F. Legislación laboral aplicada. Tercera edición. Aranzadi. Pamplona, 1967.

- **GARCÍA PIÑEIRO, N. P.** Consideraciones sobre la privación de libertad como causa de despido. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - Efectos del despido disciplinario: las indemnizaciones por despido, sobre la incompatibilidad de las indemnizaciones previstas en el derecho común con las indemnizaciones previstas en la normativa laboral (comentario a la STSJ de Madrid de 25 de enero). ASoc nº 3, 2005, versión digital (BIB 2005\999).
- **GARCÍA PIQUERAS, M.** Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. AL 1993 – I
- **GARCÍA QUIÑONES, J. C.** Obligación de depositar conjuntamente indemnización y salarios de tramitación para limitar su devengo a la fecha del depósito (Comentario a la STS 4ª de 21 de septiembre 2006). RL nº 12, 2007.
  - Límite temporal ‘versus’ límite cuantitativo en la deducción de los salarios de tramitación por el salario percibido en otro empleo. RL nº 22, 2007.
- **GARCÍA ROMERO, B.** El despido individual de los representantes de los trabajadores. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1004).
  - Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de “trapaso” y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto “Temco”). RDS nº 18, 2002.
  - Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado en el art. 44.4 ET. ASoc nº 17, 2002, versión digital (BIB 2002\2267).
- **GARCÍA SERRANO, F. A.** El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil. ADC 1972.
- **GARCÍA TENA, J.** Regulación de empleo. Causas y procedimiento. MTSySS. Madrid, 1981.
- **GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.** Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia I, II y III. RL 1995 - II.
- **GARCÍA VIÑA, J.** ¿Es posible solicitar una indemnización adicional de daños y perjuicios cuando se ha declarado el despido improcedente y se ha percibido la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores? Funcionamiento anormal de la justicia penal e impacto en el orden social (comentario a la STSJ Murcia, de 26 de febrero 1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\240).
- **GARCÍA VIÑA, J. y TERRATS PLANELL, J. L.** Comentario a la STSJ Castilla La Mancha 15 de mayo 2001. ASoc nº 10, 2001, versión digital (BIB 2001\1011).
- **GARRIDO PÉREZ, E.** La información en la empresa. CES. Madrid, 1995.
  - Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria. RL 1995 – I.
  - El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- **GARRIGUES GIMÉNEZ, A.** Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias. En “La incapacidad temporal (Coord. Ojeda Avilés)”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid, 1996.
  - La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social. CES. Madrid, 2004.
- **GAY DE MONTELLÁ, R.** Código de Comercio español. Tomo III, volumen I. Segunda Edición. Bosch. Barcelona, 1948.
- **GARRIGUES GIMÉNEZ, A., GASCÓ VIDAL, F. J. y DE VICENTE PACHÉS, F.** Aproximaciones a la incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación del despido disciplinario. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
- **GESTO ALONSO, B.** La venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio y el procedimiento de suspensión de pagos: derechos del vendedor. Aranzadi Civil nº 9, 2000, versión digital (BIB 2000\653).
- **GIBERT, R.** El Contrato de servicios en el derecho medieval español. RPS nº 101, 1974.
- **GIL ALBURQUERQUE, R.** Efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo y la relación de seguridad social. Responsabilidad individual típica: la huelga como causa de despido. En “Estudios sobre la huelga (Coord. Baylos Grau)”. Bomarzo. Albacete, 2005.
- **GIL ALBURQUERQUE, R. y GUALDA ALCALÁ.** ¿Vulnera algún derecho fundamental el hecho de despedir al trabajador por causa de su enfermedad temporal? Comentario a la Sentencia de la

- Sala IV del Tribunal Supremo de 29 de enero 2001. RDS nº 21, 2003, versión digital (TOL 290167).
- **GIL CREMADES, J. J.** Discusión metodológica sobre la base del Derecho del Trabajo. En “El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político” (Dir. Rivero Lamas). I Coloquio de Jaca. Universidad de Zaragoza, 1977.
  - **GIL FERRO, L.** La Ley concursal y su afectación sobre el proceso laboral. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez). Marcial Pons. Madrid, 2004.
  - **GIL SUÁREZ, L.** Modificaciones del despido objetivo en la reforma de 1997. Últimos criterios jurisprudenciales. En “Manual Práctico Laboral”. IEGDE. Madrid, 1999.
    - Validez e invalidez del contrato de trabajo. REDT nº 100, 2000.
  - **GIL Y GIL, J. L.** Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa. Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, 1993.
    - La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el art. 44 ET. TL nº 56, 2000.
    - El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador. ASoc nº 13, 2003, versión digital (BIB 2003\1246).
    - La noción de despido disciplinario. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004.
    - Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado. RL nº 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2858/2007).
  - **GODINEZ VARGAS, A.** El principio de presunción de inocencia y el proceso de despido disciplinario. REDT nº 64, 1994.
  - **GOERLICH PESET, J. M.** El despido colectivo. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
    - La extinción del contrato de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994.
    - La iniciación del procedimiento de regulación de empleo por los representantes de los trabajadores: nuevos y viejos problemas. RTSS nº 14, 1994.
    - Los efectos de la huelga. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994.
    - La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo. RTS nº 61, 1996.
    - Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo. En “Libertad de empresa y relaciones laborales en España” (Dir. Pérez de los Cobos Orihuel). Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 2005.
    - El concepto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ASoc nº 13, 2007, versión digital (BIB 2007\1694).
  - **GOERLICH PESET, J. M. y BLASCO PELLICER, A.** La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001, de 9 de julio. RL 2002 – I.
  - **GÓMEZ GORDILLO, R.** Art. 54.1 ET. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
  - **GÓMEZ, F. y PASTOR, S.** El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico. ADC 1990.
  - **GÓMEZ ABELLEIRA, F.** Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. AL nº 16, 2002.
    - Las causas justas de despido disciplinario. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004.
  - **GÓMEZ ÁLVAREZ, T.** Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles. RL 2002 - I.
    - Causas Económicas, técnicas, organizativas o productivas. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
  - **GÓMEZ CABALLERO, P.** El despido disciplinario: aspectos relativos a su formalización y calificación. RL 1996 – II.
  - **GÓMEZ IGLESIAS, C.** Ejecución provisional de la sentencia de despido. REDT nº 64, 1994.

- **GÓMEZ POMAR, F.** El derecho de los accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas. En “Análisis Económico del Derecho y de la Política (Ed. Puy Fraga)”. Fundación Alfredo Bañas. Santiago de Compostela, 1993.
- **GÓMEZ POMAR, LUQUE PARRA y RUIZ GARCÍA.** STS, 4º, 2.10.2000: recargo, indemnización de daños y sanciones administrativas laborales. Revista Indret nº 4, 2001, www.indret.com.
- **GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, E.** Recomposición del sistema económico y derecho del trabajo. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores. AL 1995 - II.
- **GONZÁLEZ-ROTHVOSS Y GIL, M.** Guía para el funcionamiento de los Comités Paritarios. Biblioteca Marvá. Madrid, 192- (?).
- **GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.** La gestión de la protección por desempleo: El Instituto Nacional de Empleo (INEM). RSS, octubre-diciembre 1981, nº 12.
- **GONZÁLEZ, M. J.** La Economía Política del Franquismo (1940-1970). Dirigismo, Mercado y Planificación. Tecnos. Madrid, 1979.
- **GONZÁLEZ BIEDMA, E.** El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo. MTSS 1989.
  - Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios. RL 1993 - II.
- **GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.** Problemas y consecuencias en la calificación de la incapacidad permanente del trabajador que ha permanecido en incapacidad temporal y es previsible (aunque incierta) su recuperación. Una crítica a la práctica habitual de la entidad gestora en la aplicación del artículo 131 bis.2 TRLGSS. ASoc nº 18, 2004, versión digital (BIB 2005\66).
  - La incapacidad permanente y sus efectos en el contrato de trabajo. Editorial Bomarzo. Albacete, 2006.
- **GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ.** La intervención de la administración en las relaciones laborales. Recopilación de posibles actuaciones administrativas. RL 1990 - I.
- **GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.** La perturbación del derecho del trabajo por el derecho concursal: el paradigma de la institución resolutoria ‘ex’ art. 50.1.b) ET. AL nº 7, 2006.
- **GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.** El contrato de trabajo a tiempo parcial. Aranzadi. Pamplona, 1998.
- **GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.** El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos. ASoc nº 3, 2003, versión digital (BIB 2003\516).
- **GONZÁLEZ LABRADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.** Las condiciones no materiales y su incidencia en los poderes empresariales. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero). XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997.
- **GONZÁLEZ ORTEGA, S.** La ineptitud como causa de despido y su realización con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral. RPS nº 127, 1980.
  - Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi. Pamplona, 1983.
  - Criterios jurisprudenciales en materia de extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - Poder de dirección, negociación colectiva e intervención estatal. En “Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales” (Coord. Navarro Nieto). XI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Trotta. Madrid, 1994.
- **GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.** Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. Trotta. Valladolid, 1996.
- **GONZÁLEZ ROJAS, F. y OYUELOS, R.** Bolsas de trabajo y seguro contra el paro forzoso. Instituto de Reformas Sociales. Madrid, 1914.
- **GONZÁLEZ VELASCO, J.** Lo colectivo en los traslados y modificaciones individuales. RL 1996 – II.



- **GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, M. P.** Aspectos del derecho de opción en los despidos disciplinarios. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - Jubilación anticipada involuntaria y ERE. RTSS – CEF nº 287, 2007.
- **GONZALO, B. y LÓPEZ, L.** Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de la seguridad social. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.
- **GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E. y TEJERINA ALONSO, J. I.** Las jubilaciones anticipadas: panorama general y comparado. RSS, octubre-diciembre 1982, nº 16.
- **GOÑI SEIN, J. L.** La ineptitud del trabajador como causa de despido. REDT nº 11, 1982.
  - Flexibilidad y revisión del ámbito del Derecho del Trabajo. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - La reiteración del despido ineficaz. Aranzadi. Pamplona, 1997.
- **GORELLI HERNÁNDEZ, J.** El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Civitas. Madrid, 1995.
  - Los requisitos formales del despido individual. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995.
  - Los supuestos de readmisión en el despido. Tecnos. Madrid, 1996.
  - El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLPL. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
  - La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.
  - Las excedencias en el Derecho del Trabajo. Comares. Granada, 1998.
  - Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia. REDT nº 97, 1999.
  - La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. RL 1999 – II.
  - Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral. Civitas. Madrid, 1999.
  - El contrato de inserción y el despido objetivo en la Ley 12/2001. TL nº 61, 2001.
  - Ineptitud conocida o sobrevenida. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **GORELLI HERNÁNDEZ e IGARTUA MIRÓ.** Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo. Versión digital ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL 164479)
- **GRANELL RUIZ, F.** La reserva de plaza. Fondo Editorial Técnico. Barcelona, 1955.
- **GUANCHE MARRERO, A.** El derecho del trabajador a la ocupación efectiva. Civitas. Madrid, 1993.
- **GUILARTE, A. M.** Manual de derecho del trabajo. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2ª Edición, 1968.
- **GUNTIÑAS FERNÁNDEZ, P.** El nuevo artículo 52 ET: el nacimiento del contrato indefinido causal. Un contrato temporal encubierto. RDS nº 20, 2002.
- **HARGUNDEY SALMONTE, A.** Pago de salarios en trámite de recurso en los juicios de despido. RT nº 6, 1962.
- **HART, H. L. A.** Entre el principio de utilidad y los derechos humanos. RFDUM 1980.
- **HAURIOU, M.** La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por cuestiones sociales. RDP, 1926.
  - La teoría de la institución y de la fundación. Trad. Enrique Sampay. Albeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.
- **HERNÁNDEZ MANRIQUE, F. J.** Ejecución específica de la obligación de readmitir en los casos de declaración de despido nulo. REDT nº 8, 1981.
- **HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, M.** Tratado elemental de derecho del trabajo. IEP. Madrid, 1947 (3ª edición).
  - La “carta de despido” y sus problemas. RDP, 1962.

- **HERNÁNDEZ DE PABLO**, S. E. La situación actual en española de la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. RPS nº 70, 1966.
- **HERNÁNDEZ MARTÍN**, D. Indemnizaciones del empresario y prestaciones de desempleo. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - Las contratas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\245).
- **HERRADOR BUENDÍA**, F. M. Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración. RMTAS nº 35, 2002.
- **HERRAIZ MARTÍN**, M. S. De nuevo reflexiones sobre la sucesión de contratas. RL nº 11, 2007.
- **HERRANZ CASTILLO**, F. R. En torno al contenido esencial del Derecho al trabajo como Derecho fundamental. AJA nº 613, 2004, versión digital (BIB 2004\122).
- **HERRERA DUQUE**, M. J. Sobre el concepto de despido en la doctrina y la jurisprudencial: precisiones terminológicas. DL nº 41, 1993.
- **HERRERO NIETO**, B. Vieja y nueva problemática en torno a la empresa en el Derecho del Trabajo. RDM, nº 65, 1957.
- **HIERRO HIERRO**, F. J. Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre? ASoc nº 20, 2004, versión digital (BIB 2005\489).
- **HINOJOSA FERRER**, J. La nueva legislación sobre despidos. Boletín Oficial Ministerio de Trabajo y Previsión. Año 1, Octubre 1929, nº 7.
  - El contrato de Trabajo. Comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931. EDERSA. Madrid, 1932.
  - El enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo. EDERSA. Madrid, 1933.
  - La Magistratura del Trabajo en el nuevo Estado. RGLJ, 1941.
  - La extinción del contrato de trabajo y el derecho relativo al despido. RGLJ, 1942.
- **HOSTENCH**, F. El Derecho del despido en el contrato de trabajo. Librería Bosch. Barcelona, 1929.
- **HUECK**, A. y **NIPPERDEY**, H. C. Compendio de Derecho del Trabajo. Trad. Rodríguez-Piñero y de la Villa. EDERSA. Madrid, 1963.
- **HURTADO GONZÁLEZ**, L. Arts. 128 a 135. En “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social (dir. Alarcón Caracuel)”. Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **HURTADO ORTEGA**, R. La suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
- **IGARTUA MIRÓ**, M. T. Ofensas verbales o físicas; Despido improcedente (IV): ejecución de la sentencia. Incidente de no readmisión; y Requisitos formales del despido objetivo. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **IGLESIAS CABERO**, M. Tratamiento jurisprudencial del período de prueba en el contrato de trabajo. AL 1987 - I.
- **IZQUIERDO TOLSADA**, M. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Reus. Madrid, 1993.
  - Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Dickinson. Madrid, 2001.
- **JAKOBS**, G. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- **JIMÉNEZ LINARES**, M. J. Resolución por incumplimiento de contratos de permuta de solar por obra futura. Aranzadi Civil nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1370)
- **JORDANA DE POZAS**, L. La previsión contra el paro forzoso. Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1928.
  - Los Seguros Sociales en España desde 1936 a 1950. MT. Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1953.
- **JORDANO FRAGA**, F. La responsabilidad contractual. Civitas. Madrid, 1987.
- **JOVER RAMÍREZ**, C. La incapacidad temporal para el trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006.

- **JURADO SEGOVIA, A.** El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del art. 52 c) ET: puntos críticos. AL 2002 - II.
- **KAHALE CARRILLO, D.** Algunas consideraciones relativas al despido tácito. ASoc n° 11, 2006, versión digital (BIB 2006\1249).
  - El reconocimiento de derechos laborales a las mujeres víctimas de violencia de género en los convenios colectivos. ASoc n° 14, 2007, versión digital (BIB 2007\1777).
- **KATZ, E. R.** La estabilidad en el empleo. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1957.
- **KLEIN, M.** El desistimiento unilateral del contrato. Civitas. Madrid, 1997.
- **KROTOSCHIN, E.** Notas sobre el llamado “Derecho al Empleo”. Estudios en Homenaje al Profesor Eugenio Pérez Botija. Vol. 1. IEP. Madrid, 1970.
- **LACOMBA PÉREZ, F. R.** La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso. RTS n° 166, 2004.
- **LACRUZ BERDEJO, J. L.** Derecho de Obligaciones. Vol II: Contratos y cuasicontratos; Delito y cuasidelito. Elementos de Derecho Civil, II. Bosch. Barcelona, 1995
- **LANDA ZAPIRAIN, J. P.** Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo (sobre el sentido de la ubicación del art. 16 ET en el marco normativo de la política de empleo. REDT n° 98, 1999.
- **LARENZ, K.** Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Comares. Granada, 2002.
- **LASAOSA IRIGOYEN, E.** Indemnización de daños y perjuicios derivada de acoso sexual en el trabajo. ASoc n° 18, 2003, versión digital (BIB 2003\1518).
- **LAVADO MOLINA, M.** El régimen jurídico de los salarios de tramitación en los procesos por despido. RPS n° 115, 1977.
- **LEGAZ Y LACAMBRA.** Estudios de doctrina jurídica y social. Bosch. Barcelona, 1940.
- **LENEL, O.** La cláusula “rebus sic stantibus”. RDP n° 118 y 119, 1923.
- **LILLO PÉREZ, E.** El nuevo despido objetivo por causa económica. En “Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997” (Coord. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). Tecnos. Madrid, 1998
- **LLANO SÁNCHEZ, M.** Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones. Comentario a la STS (UD) 29 de febrero 2000. AL n° 33, semana 11 al 17 de septiembre 2000.
- **LOI, P.** La función del riesgo en el paso de la seguridad a la ‘flexiguridad’. RL n° 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2853/2007).
- **LÓPEZ, J.** La facultad de dirección. RPS n° 122, 1979.
- **LÓPEZ-TRIVIÑO JUNCO, D.** Aspectos formales y de procedimiento en los despidos ipso iure por causas económicas y empresariales. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.
- **LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C.** Los efectos del despido tras la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En “El nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo. Análisis de la Ley 45/2002” (Dir. Gorelli Hernández). Laborum. Murcia, 2002.
  - La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo. Ediciones Laborum. Murcia, 2003.
- **LÓPEZ CUMBRE, M. L.** Vinculatoriedad y efectos del reconocimiento empresarial del despido improcedente en el acto de conciliación prejudicial. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - El principio de estabilidad en el empleo. En “Los principios del Derecho del Trabajo” (Dir. de la Villa Gil y López Cumbre). CEF. Madrid, 2003.
- **LÓPEZ GANDIA, J.** La protección de grupos específicos de trabajadores entre la seguridad social y el fomento del empleo. RSS, octubre-diciembre 1981, n° 12.
  - Las horas recuperatorias por fuerza mayor. RL 1988 - I.
- **LÓPEZ GÓMEZ, M.** Las causas económicas y empresariales de despido. En “Los despidos por causas económicas y empresariales” (Coord. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid, 1996.

- **LÓPEZ LÓPEZ, J.** La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral. RL nº 12, 2007, versión digital (La Ley 2114/2007).
- **LÓPEZ MOSTEIRO, R.** La Directiva comunitaria 75/129, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993.
- **LÓPEZ PARADA, R.** Reformas legislativas en materia de expedientes de regulación de empleo: expedientes de regulación de empleo en empresas incursas en procedimiento concursal. La financiación del convenio especial de seguridad social en los expedientes de regulación de empresas no incursas en procedimiento concursal. RDS nº 20, 2002.
- **LÓPEZ PENA, I.** Los orígenes del intervencionismo laboral en España: el Instituto de Reformas Sociales. RT nº1, 1969.
- **LÓPEZ RODÓ, L.** La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español. REVL nº 34, 1947.
- **LÓPEZ-MONIS DE CAVO, C.** Los programas de fomento del empleo. RSS, octubre-diciembre 1981, nº 12.
- **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.** La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Universidad de Alicante, 1984.
  - Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”. (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
- **LORENTE, M. y GARRIGA, C.** Certeza jurídica vs. justicia social: la Ley de Accidentes de Trabajo y el liberalismo jurídico español. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.
- **LOUSADA AROCHENA, J. F.** La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en períodos de lactancia. AL 1998 – III.
  - Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidos en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. AL nº 25, 2000.
  - Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. RDS nº 27, 2004, versión digital (TOL 525607).
  - Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja. AL 2005 – I.
  - La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales. RDS nº 30, 2005.
- **LUCES GIL, F.** La discrecionalidad de la Administración en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. REVL nº 53, 1950.
- **LUJÁN ALCARAZ, J.** El derecho a ocupar un nuevo puesto de trabajo como consecuencia de la declaración de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\810).
  - Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - Sobre la sucesión de empresas en Derecho de Trabajo (Comentario a la STSJ Navarra 21 de julio 1997). ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\844).
  - ¿Vincula al empresario la autorización administrativa para despedir colectivamente? ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1191).
  - Elementos para una caracterización jurisprudencial de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. ASoc nº 12, 2000 (BIB 2000\1466).
  - ¿Despido improcedente o desistimiento? ASoc nº 3, 2003, versión digital (BIB 2003\513).
  - La Ley (básica) de Empleo de 2003. ASoc nº 20, 2004, versión digital (BIB 2004\83).
- **LUJÁN ALCARAZ, J. y RÍOS MESTRE, J. M.** Despido y salarios de tramitación. En “El despido: aspectos sustantivos y procesales” (Dir. Sempere Navarro). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2004.
- **LUQUE PARRA, M.** La exigibilidad del trámite de audiencia al delegado sindical previsto en el art. 10.3.3. de la LOLS en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y

- productivas: un comentario a la STS 23 de mayo 1995. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
- El control judicial del despido colectivo: una fragmentación discutible. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998.
  - Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral. Bosch. Barcelona, 1999.
  - **LUQUE PARRA** y **GALA DURÁN**. El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero). XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997.
  - **LUQUE, GÓMEZ** y **RUIZ**. Accidentes de trabajo y responsabilidad civil. Revista InDret nº 2, 2000, www.indret.com.
  - **LYON-CAEN**, G. Derecho del Trabajo y Crisis Económica. RFS nº 155, V. 39, 1984.
  - **MANRESA Y NAVARRO**, J. M. Comentarios al Código Civil español. Reus. Madrid, 1950.
  - **MANRIQUE LÓPEZ**, F. La modificación de la base del negocio jurídico convenido colectivamente. REDT nº 21, 1985.
  - **MARAVALL CASESNOVES**, H. El Derecho del Trabajo alemán durante la guerra actual. RT nº 25, 1941.
    - El despido por crisis en el Derecho español. Separata del nº 2 del Suplemento de Política Social de la Revista de Estudios Políticos. IEP. Madrid, 1945.
    - Evolución del poder reglamentario en la empresa. CPS nº 3, 1949.
    - División del trabajo, calificación profesional y “jus variandi”. CPS nº 29, 1956.
    - La política de empleo, una rama del derecho del trabajo (su importancia para España). RT nº 35-36, 1971.
  - **MARÍA CREMADES**, B. Las prestaciones de paro debido a la reconversión de industrias y crisis de trabajo en el VII Plan de Inversiones del Fondo Nacional de Protección al Trabajo. RISS, nº 5, 1969.
  - **MARÍN ALONSO**, I. Reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años: determinación y concreción conforme a la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral. ASoc nº 5, 2001, versión digital (BIB 2001\736).
    - Despido nulo (I): supuestos y efectos. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
  - **MARÍN ALONSO**, I. y **GORELLI HERNÁNDEZ**, J. Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización. Laborum, 2001.
  - **MARÍN CORREA**, J. M. Transmisión de empresas y derecho comunitario. La Directiva 77/87 y el ordenamiento español. En “Derecho Social Comunitario”. CDJ XXIV.
    - Estabilidad en el empleo y contratación temporal. AL 1991 – II, versión digital (La Ley 5235/2002).
    - La nueva movilidad geográfica. AL nº 24, 1995.
    - Modificaciones que se introducen en la Ley del Estatuto de los Trabajadores. DL nº 67, 2003.
    - La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23. RMTAS nº 48, 2004.
  - **MARÍN MORAL**, I. La indemnización por despido. Cuadernos de Aranzadi Social nº 16, 2003, versión digital (BIB 2003\1636).
    - La obligación de abono de salarios de tramitación por incumplimiento del requisito formal del depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social. ASoc nº 1, 2004, versión digital (BIB 2004\259).
    - El Derecho a cobro de indemnización por despido improcedente de trabajador en situación de jubilación. ASoc nº 15, 2005, versión digital (BIB 2005\2373).
  - **MARÍN PADILLA**, M. L. El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos ‘utile per inutile non vitiatur’. Bosch. Barcelona, 1990.

- **MARÍN RICO**, A. Las causas de suspensión del contrato de trabajo descritas en los apartados g) y h) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
- **MÁRQUEZ PRIETO**, A. Arts. 45 a 48. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998.
- **MARTÍN-GRANIZO**, L. y **GONZÁLEZ ROTHVOSS**, M. Derecho Social. Reus. Madrid, 1935.
- **MARTÍN BLANCO**, J. El contrato de trabajo. Estudio sobre su naturaleza jurídica. EDERSA, Madrid, 1957.
- **MARTÍN JIMÉNEZ**, R. Exigencia de transmisión patrimonial en la sucesión de empresas: art. 44 ET y Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE. RL 1999 - I.
  - Los actos Administrativos Laborales y su Control Jurisdiccional. CES. Madrid, 2001.
- **MARTÍN PUEBLA**, E. Formación profesional y contrato de trabajo. La Ley – Actualidad. Madrid, 1998.
- **MARTÍN RETORTILLO**, C. Algo sobre la potestad discrecional de la Administración. RGLJ 1929 (155).
- **MARTÍN VALVERDE**, A. Interposición y mediación en el contrato de trabajo. RPS nº 91, 1971.
  - Continuidad de las relaciones de trabajo en casos de venta judicial de los bienes de la empresa. CDT 1974, nº 0.
  - El período de prueba en el contrato de trabajo. Montecorvo. Madrid, 1976.
  - Ideologías jurídicas y contrato de trabajo. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
  - Pleno empleo, derecho al trabajo deber de trabajar en la Constitución Española. En “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
  - La política de empleo: caracterización genera y relaciones con el Derecho del Trabajo. DL nº 9, 1983.
  - El derecho del trabajo de la crisis en España. REDT nº 26, 1986.
  - La formación del Derecho del Trabajo en España. En “La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936”. Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987.
  - La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo. REDT nº 33, 1988.
  - Incidencia de la reforma laboral en el régimen jurídico del despido libre. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996.
  - El efecto extintivo del acto de despido disciplinario. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - La nueva redacción del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en el Real Decreto-Ley 8/1997. En “Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997” (Coord. Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde). Tecnos. Madrid, 1998.
  - Informe Español. En “Empresa y Derecho Social” (Ed. Marzal Fuentes). Esade-Bosch, 2001.
  - Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamientos teóricos y algunos ejemplos. En “Los principios del Derecho del Trabajo” (Dir. de la Villa Gil y López Cumbre). CEF. Madrid, 2003.
  - La Ley de Protección Integral contra la violencia de “género”: análisis jurídico e ideológico. En “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española” (Coord. Casas Baamonde, Durán López y Cruz Villalón). La Ley. Madrid, 2006.
- **MARTÍN VALVERDE**, A., **RODRÍGUEZ-SAÑUDO** F. y **GARCÍA MURCIA**, J. Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid, 1996.
- **MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA**, M. A. La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho. Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras. Barcelona, 1991.

- **MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.** Las obligaciones facultativas en el Derecho español. ADC 1972.
- **MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.** La contratación coyuntural en el ordenamiento laboral español como instrumento flexibilizador del mercado de trabajo. AL 1990 - I.
  - La reforma de la movilidad funcional en la Ley 11/1994, de 19 de mayo. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
  - La nueva regulación de la movilidad funcional. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- **MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. y DURÁN ROMASEWKYS, S.** La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998.
- **MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.** Anotaciones al proceso especial de despido: el incumplimiento de formalidades legales como causa de nulidad. “La reforma del procedimiento laboral”. Marcial Pons. Madrid, 1989.
- **MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.** Luces y sombras de la reforma. En “Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997” (Ed. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1998.
- **MARTÍNEZ EMPERADOR, R.** Estabilidad en el empleo y contratación temporal. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social. Madrid, 1983.
  - La Participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - La modificación sustancial de condiciones de trabajo. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.
  - El despido colectivo en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995.
  - Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
  - El nuevo régimen procesal de los despidos: ejecución provisional y definitiva de sentencias. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995.
  - Puntos críticos de la nueva regulación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996.
  - Procedimientos para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996.
  - El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales. AL 1997 - I.
- **MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.** La movilidad funcional. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.
  - Art. 64. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos). Bosch. Barcelona, 2004.
- **MARTÍNEZ GIRÓN, J.** Despidos colectivos: libertad de empresa y acción administrativa en España. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993.
- **MARTÍNEZ MORENO, C.** La movilidad geográfica en la negociación colectiva. La situación familiar del trabajador como límite del poder empresarial. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
  - Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación. RL 1999 - I.

- Desajuste entre el ámbito de la medida extintiva y la causa productiva invocada en un despido objetivo. ASoc nº 15, 2006 (BIB 2005\2460).
- **MARTÍNEZ MOYA, J.** La liquidación judicial de empresa y la aplicación de la Directiva 77/87/CEE (STJCE 12 de marzo 1998). ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\419).
- **MARTÍNEZ MOYA, J. y BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A.** La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: la vuelta al pasado en lo relativo a las consecuencias de la calificación del despido. Otras novedades en el ámbito procesal. En “Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **MARTÍNEZ PASTOR, A.** Descentralización productiva y extinción del contrato por causas organizativas o de producción. Comentario a la STS (UD) de 31 de mayo de 2006. Iuslabor 4/2006 ([www.upf.edu/iuslabor/](http://www.upf.edu/iuslabor/)).
- **MARTÍNEZ QUINTEIRO, E.** El nacimiento de los seguros sociales 1900-1918, en Historia de la acción social pública en España beneficencia y previsión. MTSS. Madrid, 1990.
- **MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.** La amortización de vacantes en el derecho laboral español. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993.
- **MARTÍNEZ SÁNCHEZ-ARJONA, J.** Acción de despido ¿Caducidad o prescripción del plazo para ejercitarla? Interpretación del artículo 47 de la Ley de 27 de noviembre de 1931. RDP 1941.
- **MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.** Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género. RL nº 8, 2007.
- **MARZAL FUENTES, A.** Empresa y democracia económica. Argot, 2ª Edición, 1983.
  - Prólogo. En “Empresa y derecho social”. (Ed. Marzal Fuentes). Esade -Bosch, 2001.
- **MARZAL MARTÍNEZ, O-F.** La suspensión de la relación laboral por causa del servicio militar y por ejercicio de cargo público o de representación sindical. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
- **MAS-COLLEL, A.** L’anàlisi econòmica i el Dret. Iuris. Quaderns de Política Jurídica, nº 3, 1994.
- **MATÍA PRIM, J.** Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
- **MEDEMA, S. G.** Discourse and the institutional approach to Law and Economics: factors that separate the institutional approach to Law and Economics from alternative approaches. Journal of Economic Issues. VOL XXIII, nº 2, June 1989.
- **MEDIAVILLA CRUZ, M. L. y ARDILLA MARQUES, M. J.** Despidos colectivos: concepto y cómputo del período de 90 días. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
- **MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.** Sobre la calificación del despido efectuado tras el disfrute del descanso por maternidad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 24 d julio 2000. ASoc nº 21, 2000, versión digital (BIB 2001\321).
- **MELLA MÉNDEZ, L.** Algunos criterios judiciales recientes sobre el concepto ‘años de servicio’ para el cálculo de la indemnización por despido. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - La formalización del despido disciplinario. Comares. Granada, 1999.
  - Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1825).
  - El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa. REDT nº 111, 2002.
- **MENDOZA, N.** La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.
- **MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES, J.** Derecho social español. Vol. I. EDESA. Madrid, 1952.
  - La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el derecho social. RDP 1957.
- **MERCADER UGUINA, J. R.** Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. La Ley Editorial. Madrid, 2001.
- **MERCADER UGUINA, J. R. y ALAMEDA CASTILLO, M. T.** Art. 64. En “Comentario de la Ley Concursal” (Coord. Rojo y Beltrán). Civitas. Madrid, 2004.



- **MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.** Derecho Administrativo Laboral. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.
- **MERCADO PACHECHO, P.** El análisis económico del derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1994.
- **MERINO SENOVILLA, H. y ROMÁN DE LA TORRE, M. D.** El tratamiento de la formación profesional del art. 22 del Estatuto de los Trabajadores en los convenios colectivos. RL 1988 – I, versión digital (La Ley 1283/2001).
- **MIGUEL Y ROMERO, M.** El poder jurisdiccional del Estado y los Comités Paritarios. RGLJ, 1930 (156).
- **MILLÁN HERNÁNDEZ, C.** Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Vol II. Montecorvo. Madrid, 1987.
- **MINISTERIO DE TRABAJO.** El subsidio de paro por escasez de energía eléctrica (agosto 1945-junio 1946). Barcelona, 1946.
- **MIÑAMBRES PUIG, C.** El despido verbal. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
  - El despido disciplinario verbal y el Convenio número 158 de la OIT. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - La estabilidad de funcionarios y trabajadores. CES. Madrid, 2001.
- **MIRANZO DÍEZ, J. J.** El proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comentarios al art. 137 bis del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.
- **MIROLO, R. R.** Estabilidad y despido sin justas causas. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969.
- **MIRÓN HERNÁNDEZ, M. M.** Vías de tutela de los derechos del trabajador afectado por modificaciones funcionales de carácter sustancial. Tratamiento convencional y jurisprudencia. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
  - El Derecho a la formación profesional del trabajador. CES. Madrid, 2000.
- **MOLERO MANGLANO, C.** El delito social. RPS n° 100, 1973.
  - La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo. IEP. Madrid, 1975.
  - Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (I a III). AL 1989 - III.
  - El incidente de no readmisión. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - Los expedientes de regulación de empleo: período de consultas y acuerdo. RTSS n° 8, 1992.
  - La amortización de puestos de trabajo en el reformado artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores a la luz de su primer tratamiento judicial. AL 1995 - II.
- **MOLERO MARAÑÓN, M. L.** Salarios de tramitación y régimen de despido. ASoc n° 2, 2003, versión digital (BIB 2003\431).
  - El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal. RL 2005 - II.
- **MOLINA GARCÍA, M.** La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. En “La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Escudero). XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 1997.
- **MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.** Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1627).
  - La protección jurídica de la mujer trabajadora. CES. Madrid, 2004.
  - Dificultades en el acceso al empleo de la mujer embarazada. ASoc n° 6, 2004, versión digital (BIB 2006\641).
- **MOLINA NAVARRETE, C.** El problema de la identificación del concepto de “unidad productiva autónoma” ex art. 44: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos. TL n° 32, 1994.

- El “Derecho” del Trabajo propugnado por las “leyes” de reforma del “mercado laboral”: su reelaboración como “Derecho de la empresa” y como “Derecho del empleo”. RTSS -CEF nº152, 1995.
- La recalificación judicial del despido en fraude de ley. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
- La tutela de la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización. ASoc nº 18, 2001, versión digital (BIB 2001\1614).
- La compatibilidad de indemnizaciones por acoso moral cuando el trabajador resuelve su contrato: una cuestión aún pendiente de unificación de doctrina. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 11 de marzo de 2004. RDS nº 26, 2004, versión digital (TOL 474399).
- **MOLINA NAVARRETE, C., MOLINA HERMOSILLA, O. y VILLAR CAÑADA, I. Mª.** Derecho y empleo: balance de las aplicaciones prácticas de la reforma laboral de 1997. TL nº 54, 2000.
- **MONEREO PÉREZ, J. L.** Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario. REDT nº 24, 1985.
  - Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. RL 1986 - II.
  - Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades. RL 1987 - I.
  - La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I). TL nº 27, 1993.
  - Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario. Civitas. Madrid, 1994.
  - La regulación comunitaria de la reestructuración de empresas como elemento necesario de la ‘reforma del mercado de trabajo’: la normativa sobre despidos colectivos. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996.
  - La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.
  - Notas sobre el significado atribuido a la prueba en los despidos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - Art. 51. En “Comentario al Estatuto de los Trabajadores” (Dir. Monereo Pérez). Comares. Granada, 1998.
  - La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Ibidem. Madrid, 1999.
  - Descentralización productiva y empresa en crisis. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000.
  - Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso. RL 2005 – II.
  - Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral. Comares. Granada, 2006.
- **MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.** La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
  - Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET. REDT nº 85, 1997.
  - El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico. Aranzadi 1997.
- **MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, N.** Forma y procedimientos del despido disciplinario. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
- **MONREAL BRINGSVAERD, E.** Los derechos de promoción y formación profesional en el trabajo. Análisis de la negociación colectiva posterior a la reforma de 1994. AL 1997 – II, versión digital (La Ley 2959/2001).

- Negociación colectiva y modificación de jornada u horario previsto en convenio o pacto colectivo. A propósito de la STS, Sala 4ª, de 5 de junio de 2002. AL nº 23, 2003, versión digital (La Ley 836/2003).
- **MONTALVO CORREA, J.** Fundamentos de Derecho del Trabajo. Civitas, Madrid, 1975.
  - Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
- **MONTÉS PENADÉS, V. L.** De las obligaciones puras y condicionales. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XV, Vol. 1º. EDERSA, 1989.
  - Art. 1124. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XV, Vol. 1º. EDERSA, 1989.
- **MONTOYA MELGAR, A.** El poder de dirección del empresario. Estudios de Trabajo y Previsión. Madrid, 1965.
  - La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador. Instituto García Oviedo. Sevilla, 1967.
  - Las causas de despido en las reglamentaciones y reglamentos de régimen interior. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - El expediente administrativo de crisis. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - El despido por fuerza mayor. RPS nº 85, 1970.
  - Aspectos de la política de empleo (la nueva regulación de los “Expedientes de crisis”). CDT nº 0, 1974.
  - La seguridad social española: notas para una aproximación histórica. RT nº 54 y 55, 1976.
  - La estabilidad en el empleo en el derecho del trabajo de España. RPS nº 118, 1978.
  - La protección constitucional de los derechos laborales. En “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
  - Problemas de legalidad en el desarrollo reglamentario del ET en materia de regulación de empleo. En “Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo” (ed. Durán López). Publicaciones del Monte de Piedad y Cajas de Ahorros de Córdoba. Córdoba, 1983.
  - La incidencia de la crisis económica en la dogmática de la relación laboral. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores. RT nº 76, 1984.
  - La extinción del contrato de trabajo. En “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”. MTSS. Madrid, 1987.
  - Poder del empresario y movilidad laboral. REDT nº 38, 1989.
  - Derecho del trabajo y crisis económica. Ed. Temis. Bogotá, 1990.
  - Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978). Madrid, 1992.
  - El despido improcedente y sus efectos. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - La nueva configuración del poder de dirección del empresario. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. de la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
  - Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica del Estatuto de los Trabajadores y su aplicación judicial. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\122).
  - La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Coord. Martínez Emperador). Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1996.
  - El nuevo art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores: primeras interpretaciones. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\123).

- Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo). RMTAS nº 8, 1998.
- Derecho del Trabajo. 21ª Edición. Tecnos. Madrid, 2000.
- La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. RMTAS nº 33, 2001.
- Crisis de empresa y contrato de trabajo. REDT nº 122, 2004.
- La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa. RMTAS nº 58, 2005.
- **MONTOYA MELGAR, A. ET ALTRI.** Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral. Aranzadi. Pamplona, 2000.
- **MONTOYA MELGAR, A. ET ALTRI.** Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Aranzadi. Pamplona, 2000.
- **MONTOYA MELGAR, A. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.** *Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo.* RMTAS, nº Extra: Jubilación Flexible, 2003, p. 36.
- **MONTERO AROCA, J.** La conciliación preventiva en el proceso civil. RJC nº 4, 1971.
  - Las conciliaciones en el proceso laboral. RDPI nº 2-3, 1973.
  - Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. Parte Primera: los tribunales industriales. RT, nº 43, 1973.
  - Notas sobre la historia de la jurisdicción de trabajo. RT nº 54-55, 1976.
  - Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Universidad de Valencia, 1976.
- **MONTERO AROCA, J. y MARÍN CORREA, J. M.** La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral. Tirant Lo Blanc. Valencia, 1999.
- **MORAIS VALLEJO.** La privación de libertad del trabajador como causa suspensiva de la relación de trabajo. RPS nº 93, 1973.
- **MORALA GÓMEZ, A.** La nueva regulación de la sucesión de empresas. AL 2002 - I.
- **MORALES ORTEGA, J. M.** Notas sobre los efectos suspensivos de la incapacidad permanente. AL nº 34, 1999.
- **MORALES VALLEZ, C. E.** La externalización productiva como causa de despido objetivo. RTS nº 179, 2005.
- **MORENO CÁLIZ, S.** Permiso de lactancia en caso de parto múltiple. ASoc nº 22, 2003, versión digital (BIB 2004\209).
- **MORENO GENÉ, J.** Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000.
  - El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa. Tirant Lo Blanch. Valencia 2003.
- **MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A. M. y PARDELL VEÀ, A.** La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1001).
- **MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.** Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre. AL nº 38, 2003, versión digital.
- **MOSCO, L.** La resolución de los contratos por incumplimiento. Ed. Dux. Barcelona.
- **MUÑOZ MOLINA, J.** La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona, 2005.
- **NATH, S. K.** Una perspectiva de la Economía del Bienestar. Trad. Planellas. MacMillan/Vicens-Vives. Barcelona, 1976.
- **NAVARRO NIETO, F.** Los despidos colectivos. Civitas. Madrid, 1996.
  - Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo. AL nº 43, 1996.
- **NAVARRO NIETO, F. y SÁEZ LARA, C.** La flexibilidad en la nueva relación de trabajo. CGPJ. Madrid, 1998.
- **NEBOT PÉREZ, E.** La sucesión de contratos tras la STS 27 de octubre de 2004: un antes y un después. ASoc nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1621).
- **NELL-BREUNING, O.** La constitución de la empresa. Sobre la co-gestión. Editorial Hispano Europea. Barcelona, 1974.

- **NIETO, A.** Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. RAP n° 44, 1964.
- **NIKISCH, A.** La incorporación y su significación para el derecho del trabajo. RPS n° 49, 1961.
- **NOGUEIRA GUASTAVINO, M.** Extinción del contrato por voluntad del trabajador. REDT n° 100, 2000.
- **NORES TORRES, L. E.** El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero. AL 1996 – I.
  - Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. AL 1998 – I.
  - El Período de Consultas en la Reorganización Productiva Empresarial. CES. Madrid, 2000.
- **NORTH.** Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Fondo de Cultura Económica. México, 1993.
- **NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.** El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad. AL n° 2, 2007.
- **NÚÑEZ-SAMPER, A.** De la libertad de despido a la propiedad del empleo. CPS n° 16, 1952.
  - El despido nulo y la Orden de 23 de abril de 1947. RDT n° 1, 1954.
  - Evolución histórico-legislativa del despido sin causa. En “Estudios en homenaje al profesor García Oviedo”. Vol. II. Sevilla 1954.
- **NUTTER, G. W.** El teorema de Coase sobre el coste social. ICE n° 557, 1980-I.
- **OERTMANN.** Introducción al Derecho Civil. Labor. Barcelona, 1933.
- **OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** El seguro contra el paro. Estudio de Legislación comparada. Aguilar. Madrid, 192(?).
- **OJEDA AVILÉS, A.** La renuncia de derechos del trabajador. IEP. Madrid, 1971.
  - Los trabajadores temporales. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1973.
  - El final de un “principio” (la estabilidad en el empleo). En “Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón”. Tecnos. Madrid, 1980.
  - La “legislación promocional” en España. RPS n° 125, 1980.
  - El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado. RL 1993 - I.
  - Reflexiones en torno a un congreso (La 45ª Reunión Anual de la Asociación Norteamericana de Relaciones Industriales). RL 1993 - I.
  - La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España. RL 1993 - II.
  - Delimitación de los acuerdos de empresa y pactos colectivos. AL 1995 - I.
  - Configuración del despido colectivo. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **OLIET GIL, B.** La fijación de las indemnizaciones. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - El despido. En “Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1977.
- **ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C.** La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas “cláusulas subrogatorias” en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE). REDT n° 116, 2003.
  - Externalización de actividades y estabilidad en el empleo: subcontratación, contratos temporales y despido por causas económicas. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El ‘Outsourcing’” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **ORTIZ LALLANA, M. C.** Peculiaridades sobre la extinción de las relaciones laborales en la normativa de reconversión industrial. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento. MTSS. Madrid, 1985.

- Movilidad funcional: atribución al trabajador de tareas de categoría inferior a título permanente. Límites y calificación jurídica. RL 1987 - II.
- Las modificaciones de la prestación de trabajo y los derechos económicos del trabajador. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
- La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo). Actualidad Editorial. Madrid, 1994.
- La ejecución de sentencias de despido. ACARL. Madrid, 1995.
- Cuestiones de interés sobre la ejecución definitiva de sentencias de despido: los salarios de tramitación. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
- Causas, forma y efectos del despido disciplinario. REDT nº 100, 2000.
- **OTXOA CRESPO**, I. El incumplimiento de los requisitos del desistimiento en el contrato de servicio doméstico (Comentario a la STSJ Cataluña 2 septiembre 1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\2099).
- **PALANCAR DE P. BOTIJA**, M. El seguro de paro como seguro de empresa. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. IEP. Madrid, 1961.
- **PALOMEQUE LÓPEZ**, M. C. Legitimación activa para la incoación de expedientes de crisis. RPS nº 93, 1972.
  - La nulidad parcial del contrato de trabajo. Tecnos. Madrid, 1975.
  - Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica. RPS nº 143, 1984.
  - Crisis económica y regulación de empleo. En “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”. Universidad Complutense de Madrid, 1984.
  - Los derechos laborales en la Constitución española. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
  - La versión 2001 de la reforma laboral permanente. RDS nº 15, 2001.
- **PALOMEQUE LÓPEZ**, M. C. y **ÁLVAREZ DE LA ROSA**, M. Derecho del Trabajo, 8ª Edición. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.
- **PALOMO BALDA**, E. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ejercicio de acciones individuales. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996.
- **PANIZO ROBLES**, J. A. Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad Social (Modificaciones incorporadas por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). RMTAS Número Extraordinario Igualdad, 2007.
- **PANTALEÓN PRIETO**, F. Resolución por incumplimiento e indemnización. ADC 1989
  - Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas. DJ nº 81, 1995.
  - De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Diario La Ley, 1997, Refº D-63, Tomo I (versión digital).
- **PASCUAL ALLÉN**, C. Forma, período de prueba y duración del contrato de trabajo. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
- **PASTOR PRIETO**, S. Una introducción al análisis económico del derecho. HPE nº 89, 1984-II.
  - Sistema jurídico y economía. Tecnos. Madrid, 1989
  - La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos. Iuris. Quaderns de Política Jurídica, nº 3, 1994.
- **PAZ-ARES**, C. La economía política como jurisprudencia racional. ADC 1981.
  - Principio de eficiencia y derecho privado. En “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995.
- **PEDRAJAS MORENO**, A. La excedencia en el derecho español. Editorial de la Universidad de Complutense de Madrid, 1983.
  - La excedencia laboral y funcionarial. Montecorvo. Madrid, 1983.

- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
- **PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.** Los aspectos laborales de la Ley Concursal. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana nº 11, 2004, versión digital (TOL 1024542).
- **PEDRAJAS PÉREZ, F.** La solicitud de reconocimiento de derecho a las prestaciones de desempleo y la inscripción en las oficinas de empleo, en los ceses derivados de despido por circunstancias objetivas. RSS, julio-septiembre 1979, nº 3.
- **PEDROSA GONZÁLEZ, J.** El despido por causas no imputables al trabajador en empresas descentralizadas. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi 1997.
- **PEJOVICH, S.** Fundamentos de Economía. Trad. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México, 1985.
- **PENDAS DÍAZ, B.** Configuración legal, doctrinal y jurisprudencial del período de prueba. DL nº 35, 1991.
  - La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. ACARL. Madrid, 1992.
- **PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J.** Despido procedente: efectos; Despido improcedente (I): supuestos y efectos. Especial referencia a los salarios de tramitación; y Despido Improcedente (II): recurso frente a las sentencias. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.** El preaviso en la extinción del contrato de trabajo. Montecorvo. Madrid, 1980.
  - El despido improcedente por injustificado. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
- **PÉREZ ALONSO.** La excedencia laboral. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995.
  - La incapacidad temporal y los Subsidios por Desempleo tras las recientes reformas en materia de Seguridad Social. AL nº 12, 2002 (versión digital).
- **PÉREZ AMORÓS, F.** Una aportación de la II República en favor del Derecho del Trabajo: su concepción del contrato de trabajo. En “Segona República i món jurídic (Coord. Ysàs Solanes)”. Càlamo. Mataró, 2007.
- **PÉREZ BOTIJA, E.** Algunas consideraciones sobre la regulación del despido en el derecho español y en el derecho comparado: la nueva redacción del artículo 89 de la ley del contrato de trabajo. RT nº 26, 1941.
  - Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo. RGLJ, 1942-II.
  - Naturaleza jurídica del contrato de trabajo. IEP. Madrid, 1943.
  - Contrato de Trabajo y derecho público. Notas a la Ley de 26 de enero de 1944. RGLJ, Tomos VII y VIII, 1944.
  - Salarios. Régimen Legal y Tarifas Mínimas. IEP. Madrid, 1944.
  - ¿Socialización de la Seguridad Social? CPS nº XIV, 1952.
  - El contrato de trabajo. Tecnos. Madrid, 1954.
  - Curso de Derecho del Trabajo. Tecnos. 4ª Edición. Madrid, 1955.
  - Prólogo a la obra de CARRO IGELMO. El despido justo. Bosch. Barcelona, 1957
  - Comentarios a la nueva legislación sobre Reglamentos de Empresa. RDT nº 44, 1961.
  - Las enmiendas al proyecto de Ley de Bases de Seguridad Social. RDT nº 60, 1963.
  - Prólogo a la obra de SANTORO PASSARELLI. Nociones de Derecho del Trabajo. Trad. Suárez Fernández. IEP. Madrid, 1963.
- **PÉREZ CAMPOS, A. I.** La pretendida equiparación entre la extinción por causas objetivas y el despido colectivo a efectos indemnizatorios (comentario a la STSJ País Vasco 23 de septiembre 2003). ASoc nº 7, 2004, versión digital (BIB 2004\743).
- **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.** Los pactos de reorganización productiva. En “Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español” (Sala Franco, Pérez de los Cobos Orihuel y Goerlich Peset). ACARL. Madrid, 1989.

- La denuncia modificativa empresarial y el principio de condición más beneficiosa. AL 1996 - II.
- Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo. RL 1996 - II.
- Movilidad geográfica del trabajador (en torno al art. 40). REDT nº 100, 2000.
- Filialización. Grupos de empresa. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000.
- Problemas laborales de la deslocalización de empresas. AL nº 3, 2006.
- **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**, F. y **RIERA VAYREDA**, C. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: problemas jurisprudenciales. AL 1997 – III.
- **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL**, F. y **ROQUETA BUJ**, R. Las llamadas “causas económicas, organizativas, técnicas o productivas”. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996.
- **PÉREZ DEL RÍO**, T. La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate. TL nº 52, 1999.
- **PÉREZ GONZÁLEZ**, E. Consideraciones sobre el paro obrero. RT nº 30, 1942.
- **PÉREZ JUSTE**, P. La economía moderna y la colocación de los trabajadores. RT nº 5, 1945.
- **PÉREZ LEÑERO**, J. Factores sociales del paro forzoso. RT nº 5, 1945.
  - Instituciones de derecho español del trabajo, Espasa-Calpe. Madrid, 1949.
  - La codificación del trabajo. En “Estudios dedicados al Profesor García Oviedo”. Vol. II. Sevilla, 1954.
- **PÉREZ LLEDÓ**, J. A. Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual. DOXA nº 23, 2000.
- **PÉREZ LOBO**, R. El contrato de Trabajo. Castro. Madrid, 1932.
- **PÉREZ PATÓN**, R. La estabilidad en el empleo y sus garantías. En “Estudios en Homenaje al Profesor Eugenio Pérez Botija”. Vol. 1. IEP. Madrid, 1970.
- **PÉREZ PÉREZ**. La sucesión mortis causa y continuación del contrato de trabajo. RPS nº 122, 1979.
- **PÉREZ REY**, J. Estabilidad en el empleo. Trotta. Madrid, 2004.
- **PÉREZ SERRANO**, J. “Caducidad” o “Prescripción” en la acción por despido. RT nº 1, 1945.
- **PÉREZ YÁÑEZ**, R. Sobre la existencia de una transmisión de empresa a efectos aplicativos de la normativa sobre subrogación empresarial. Sentencia comentada: STSJ de Madrid de 15 de enero 2002. ASoc nº 5, 2002, versión digital (BIB 2002\650).
- **PERSIANI**, M. Contratto di lavoro e organizzazione. Padova – Cedam, 1966.
- **PLANAS PUCHADAS**, L. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. REDT nº 13, 1983.
- **PINO**, A. La excesiva onerosidad de la prestación. Traducción de Federico DE MALLOL. Bosch, Barcelona, 1959.
- **PINTÓ I RUIZ**, J. J. La Condición resolutoria tácita (artículo 1124 CC). Apéndice a la obra de MOSCO. La resolución de los contratos por incumplimiento. Ed. Dux. Barcelona.
- **PINTOS AGER**, J. Baremos, seguros y derecho de daños. Civitas. Madrid, 2000.
  - Efectos de la variabilidad sobre la resolución de conflictos. Revista InDret nº 4, 2000, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- **PIQUERAS PIQUERAS**, M. C. La extinción del contrato durante el período de prueba como despido. Ibidem. Madrid, 1995.
  - La nueva regulación del período de prueba en la Ley 11/1994, de 19 de mayo. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.
  - El disfrute por el padre de parte del descanso por maternidad. ASoc nº 4, 2001, versión digital (BIB 2001\721).
- **POLINSKY**, A. M. Introducción al análisis económico del derecho. Trad. Álvarez Flores. Ariel. Madrid, 1985.
- **POLO**, A. Del contrato a la relación de trabajo. Separado de la Revista de Derecho Privado nº 288 y 289, 1941. Madrid.



- **POSNER, R. A.** El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1998.
- **PRADAS MONTILLA, R.** Convenio Colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores. DL n° 65, 2001, II.
- **PRADOS DE REYES, F. J.** Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores. RPS n° 127, 1980.
  - Los modos de extinción del contrato de trabajo y la flexibilidad laboral. TL n° 30, 1994.
  - Despidos colectivos. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994.
  - Los despidos objetivos por las causas del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
  - Despidos colectivos e insolvencia del empresario. AL 1997 – III, versión digital (La Ley 2537/2001).
  - La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la empresa. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1997.
- **PRIETO ESCUDERO, G.** Sociología del seguro de desempleo. RPS n° 84, 1969.
- **PUIG PEÑA, F.** La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral. RGLJ, 1966-II.
- **PUIG BRUTAU, J.** Fundamentos de Derecho Civil. Bosch. Barcelona, 1988.
- **PURCALLA BONILLA, M. A.** Igualdad de trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo). ASoc n° 10, 2004, versión digital (BIB 2004\1522).
- **PURCALLA BONILLA, M. A. y VALLE MUÑOZ, F. A.** El acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo en convenio colectivo estatutario: análisis técnico-jurídico. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
- **QUESADA SEGURA, R.** Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre la ineptitud del trabajador como causa de despido. TL n° 16, 1989.
- **QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.** Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido. Civitas. Madrid, 2002.
- **QUINTANILLA NAVARRO, B.** Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. TL n° 80, 2005.
- **RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.** Regulación del despido, protección de la estabilidad y políticas de empleo en los países de la C.E.E. y en España. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980.
  - Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español. AL 1987 - II
  - Modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica y funcional. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1993.
  - Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
  - El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
- **RAMOS QUINTANA, M. I.** Autonomía Colectiva, indisponibilidad de derechos e indemnizaciones por despido. REDT n° 110, 2002.
- **RAYÓN SUÁREZ, E.** Consideraciones en torno a algunos aspectos de la regulación del despido en el Estatuto de los trabajadores. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
- **REBUFFA, G.** El análisis económico del derecho. Anales de Cátedra Francisco Suárez n° 25, 1985.
- **RENTERO JOVER, J.** Derecho social comunitario y sucesión de empresas. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\996).

- Algunos aspectos de la nueva regulación del despido. RDS nº 25, 2004.
- La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004. RDS nº 30, 2005, versión digital (TOL 673492).
- **REVUELTO MARTÍNEZ, M. C.** El derecho al trabajo en la Constitución. En “Estudios sobre la Constitución española de 1978” (Ed. Ramírez). Libros Pórtico. Zaragoza, 1979.
- **RIAZA BALLESTEROS, J. M.** Criterios típicos de la jurisprudencia laboral. Estudios Jurídicos Económicos y Sociales. Madrid, 1955.
  - Análisis de paro forzoso en España. CPS nº 10, 1958.
- **RIERA VAYREDA, C.** El depido nulo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1999.
- **RÍOS SALMERÓN, B.** La ejecución provisional en despidos: supuestos, contenido y recursos. REDT nº 49, 1991.
  - La ejecución de sentencias firmes en despido. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992.
  - Despido disciplinario. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995.
  - Ejecución provisional y ejecución definitiva de las sentencias de despido. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
  - La reforma del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral por la Ley 45/2002: Despidos y Protección del Fondo de Garantía Salarial. En “Empleo, Despido y Desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 diciembre (Coord. Sempere Navarro). Aranzadi. Pamplona, 2003.
  - La nueva Ley Concursal y los trabajadores. AL nº 2, 2004.
- **RIVAS VALLEJO, P.** La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o adopción de Hijos. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- **RIVAS VAÑÓ, A.** y **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.** Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa. TL nº 52, 1999.
- **RIVERO LAMAS, J.** Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa. RPS nº 55, 1962.
  - La novación del contrato de trabajo. Bosch. Barcelona, 1963.
  - Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español. RPS nº 70, 1966.
  - Tipificación y estructura del contrato de trabajo. ADC 1972.
  - La crisis económica y los despidos colectivos por causas relativas al funcionamiento de la empresa. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial. Lección inaugural del curso académico MCMLXXXVI-MCMLXXXVII. Universidad de Zaragoza, 1987.
  - Técnicas modernas de garantía del empleo. REDT nº 33, 1988.
  - La modificación de condiciones de trabajo en la práctica administrativa y en la jurisprudencia. AL 1989 - II.
  - Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma. AL 1990 – I, versión digital (La Ley 2426/2001).
  - Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa). DL nº 43, 1994.
  - Poder de dirección y “ius variandi”: extensión y límites. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.
  - Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del art. 41 ET. En “Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García” (Coord. De la Villa). Marcial Pons. Madrid, 1995.
  - Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo. REDT nº 80, 1996.

- Aspectos relacionados con la movilidad funcional y geográfica y con las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “Puntos críticos de la reforma laboral” (Dir. Martínez Emperador). Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces. Madrid, 1996.
- Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996.
- La reforma del mercado de trabajo y el modelo español de relaciones laborales. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez), Granada, 1996.
- Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal. RMTAS nº 3, 1997.
- Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo. DL nº 53, 1998.
- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. (En torno al art. 41). REDT nº 100, 2000.
- Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral. En “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El ‘Outsourcing’” (Dir. Rivero Lamas). Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L.** Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
- **ROCA SASTRE, R. M.** Estudios de Derecho Privado. Madrid, 1948.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.** Empresa y contrato de trabajo. Separata de Anales de la Universidad Hispalense, Volumen XX, Año 1960, Sevilla.
  - La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa. RDT nº 39, 1960.
  - La nueva regulación del Reglamento de Régimen Interior. RDT nº 44, 1961.
  - Naturaleza jurídica del período de prueba. Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo 3, Vol. III. IEP. Madrid, 1961.
  - La relación de trabajo de duración determinada. RPS nº 50, 1961.
  - Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo. RDT nº 50, 1962.
  - Contrato de Trabajo y relación de trabajo (Balance provisional de una polémica). Anales de la Universidad Hispalense. Volumen XXVII, 1967.
  - El régimen jurídico del despido y el Real Decreto de 22 de julio de 1928. RPS nº 77, 1967.
  - El régimen jurídico del despido (II); Leyes de contrato de trabajo y de Jurados Mixtos. RPS nº 77, 1968.
  - Un modelo democrático de relaciones laborales. En “Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo”. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
  - La regulación de los despidos disciplinarios: despido causal y readmisión obligatoria en el marco legislativo europeo. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980.
  - La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo. En “El trabajo en la Constitución” (Dir. Rivero Lamas). II Coloquio sobre relaciones laborales. Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1982.
  - Derecho del trabajo y crisis económica. En “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80”. III Coloquio sobre relaciones laborales (Jaca, 1982). Instituto Universitario de Relaciones Laborales. Universidad de Zaragoza, 1983.
  - La movilidad del trabajador dentro de la empresa. DL nº 9, 1983.
  - El acceso al recurso en la ejecución de las sentencias de despido; y El ámbito del incidente de no readmisión. RL 1987 – I.
  - Flexibilidad, juridificación y desregulación. RL 1987 – I.
  - La Directiva 77/187 CEE y la extinción del arrendamiento de empresa. RL 1988 - I.
  - La subsistencia de la empresa y de los contratos laborales y la Directiva 77/187. RL 1988 - I.
  - Sucesión de empresas, empresas de temporada y continuidad del convenio colectivo. RL 1988 - I.

- El carácter indisponible del art. 44 ET. RL 1988 - I.
- La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I y II). RL 1989 - I.
- La flexibilidad de la fuerza del trabajo y el Derecho del Trabajo español. En “La flexibilidad laboral en España” (Coord. Rivero Lamas). Facultad de Derecho - Universidad de Zaragoza, 1993.
- Ordenación y flexibilidad del mercado de trabajo. RL 1993 - II.
- Racionalidad empresarial y mercado de trabajo. RL 1993 - II.
- Derecho del Trabajo y empleo. RL 1994 - I.
- Lo individual y lo colectivo en el despido “objetivo”. RL 1996 - I.
- Encadenamiento de contratos y transmisión de empresa. RL 1996 - II.
- Derecho, trabajo y despido. RL 1997 - I.
- La reforma legislativa anunciada y el Acuerdo Interconfederal para la estabilidad en el Empleo. RL 1997 - I.
- La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I a III). RL 1999 - II.
- Conducta temeraria del trabajador y accidente de trabajo. En “Cien años de Seguridad Social” (Dir. y Coord. Gonzalo González y Nogueira Guastavino). UNED. Madrid, 2000.
- El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales. RL 2002-I.
- La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales. RL 2003 - II.
- Descentralización productiva y sucesión de empresas. En “Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas” (Coord. Fernández López). Trotta. Madrid, 2004.
- Poder de dirección y derecho contractual. RL nº 19/20, 2005.
- Derecho del Trabajo y racionalidad. RL nº 5, 2006.
- Sucesión de empresa y sucesión de actividades. RL nº 11, 2007.
- Flexiseguridad: debate europeo en curso. RL nº 15-16, 2007, versión digital (La Ley 2850/2007).
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.** La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo. La Ley- Actualidad. Madrid, 1998.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y GONZALEZ ORTEGA, S.** La extinción del contrato de trabajo y el desempleo. RSS nº 12, 1981.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.** La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial. RL 1999 - I.
  - El período de prueba. REDT nº 100, 2000.
- **RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.** Interrupciones en la actividad en la empresa y derecho al salario. Anales de la Universidad Hispalense, 1975.
  - Despidos por causas objetivas en la Europa Comunitaria y en España. En “Hacia un modelo democrático de relaciones laborales” (Ed. Rivero Lamas). Instituto de Relaciones Laborales - Universidad de Zaragoza, 1980.
  - Reflexiones en torno al régimen jurídico del despido improcedente. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
- **RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.** Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal. Repertorio de Jurisprudencia nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1138).
- **RODRÍGUEZ CARDO, I. A.** Descentralización productiva y derecho del trabajador a permanecer en la empresa principal: a propósito de la STS de 23 de octubre de 2001. REDT nº 113, 2002.
  - Los salarios de tramitación a la luz de los últimos cambios legales y de la jurisprudencia. AL nº 11, 2006.
- **RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.** ¿Suspensión o extinción de la relación contractual laboral del prejubilado? RL 2002 - II, versión digital (La Ley 2714/2002).
  - La suspensión del contrato de trabajo. CES. Madrid, 2004.

- **RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.** La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas. RDS nº 15, 2001.
- **RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.** La eficiencia como criterio de atribución de derechos. Para una introducción al análisis económico del derecho. Facultad de Derecho. UNED.
- **RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.** De la rigidez al equilibrio flexible. CES. Madrid, 1994.
- **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.** El incidente de no readmisión. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
  - La ejecución de las sentencias firmes dictadas en los juicios de despido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. RL 1990 – II.
  - La ejecución de las sentencias dictadas en los procesos por despido. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
  - El concepto de transmisión de empresa en la jurisprudencia española. RL 2000-II.
- **RODRÍGUEZ MARÍN, C.** El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato). Montecorvo. Madrid, 1991.
- **RODRÍGUEZ PASTOR, G. E.** La movilidad funcional en la negociación colectiva. ASoc nº 4, 2000, versión digital (BIB 2000\301).
- **RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.** Escisión de empresas y externalización de servicios. En “Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. MTAS. Madrid, 2000.
  - Procedimiento (arts. 51, apartados 2 a 9, 13 y 14 ET). En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G.** Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En “La Prevención de Riesgos Laborales (Coord. Ojeda Avilés et altri)”. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- **ROEMER, A.** Introducción al análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1994.
- **ROJAS RIVERO, G. P.** Traslado y desplazamiento de trabajadores. MTSS. Madrid, 1993.
  - Movilidad y modificación de las condiciones de trabajo. En “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”. MTAS, Madrid 1996.
  - El derecho a la excedencia para el cuidado de hijos. RTS nº 61, 1996.
- **ROJO, A.** El Derecho económico como categoría sistemática. RGLJ 1980-I.
- **ROJO TORRECILLA, E.** El despido disciplinario. Concepto y causas. En “La extinción del contrato de trabajo. El despido”. CGPJ. Madrid, 1992.
  - El despido disciplinario en la reforma laboral. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
- **ROLDÁN MARTÍNEZ, A.** La contratación “estructural” de duración determinada: su justificación. RL 2002 - I.
  - Trabajadora en incapacidad temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo. RTSS - CEF nº 277, 2006.
- **ROMAGNOLI, U.** Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-positivas. CDT nº 1-2, 1975-1976.
- **ROMÁN DE LA TORRE, M. D.** Poder de dirección y contrato de trabajo. Ediciones Graphheus, Valladolid, 1992.
  - Clasificación profesional y movilidad funcional. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
  - Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: aspectos sustantivos y procesales. Comares. Granada, 2000.
- **ROMÁN VACA, E.** El despido disciplinario: aplicación judicial (y convencional) de la reforma de 1994. En “Presente y futuro de la regulación del despido” (Coord. Castiñeira Fernández). Aranzadi, 1997.
  - Requisitos especiales: expediente sancionador, audiencia al delegado sindical y negociación colectiva. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.

- **ROMÁN TORRES**, M. I. Excesiva morbilidad; y Calificación y efectos del despido objetivo. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **ROMERO BURILLO**, A. M. El nuevo régimen jurídico del traslado individual del trabajador. En “La nueva regulación de las relaciones laborales” (Coord. Martínez Abascal). Universidad Rovira i Virgili, 1995.
- **ROMERO BURILLO**, A. M. y **MORENO GENÉ**, J. M. La adquisición de participaciones societarias como fenómeno de huída del derecho del trabajo. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\820).
- **ROMERO RÓDENAS**, M. J. Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.
- **ROQUETA BUJ**, R. La incapacidad permanente. CES. Madrid, 2000.
- **ROUAST**, A. et **DURAND**, P. Précis de Droit du Travail. Troisième Édition. Dalloz, Paris, 1963.
- **RUANO ALBERTOS**, S. Imposibilidad de ejecución específica: circunstancias asimilables a los supuestos previstos en el art. 284 LPL. ASoc nº 2, 2004, versión digital (BIB 2004\330).
- **RUBIO LLORENTE**, F. La libertad de empresa en la constitución. En “La reforma del mercado de trabajo: libertad de empresa y relaciones laborales” (Dir. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial. Madrid, 1993.
- **RUBIO SÁNCHEZ**. Algunas consideraciones sobre el disfrute del permiso de lactancia. ASoc nº 11, 2001, versión digital (BIB 2001\1120).
- **RUIZ CASTILLO**, M. M. La duración del contrato de trabajo: estudio de su régimen legal y jurisprudencial. RPS nº 138, 1983.
- **RUIZ CASTILLO**, M. M. y **ARGÜELLES BLANCO**, A. R. Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo. En “Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva” (Dir. García Murcia). CES. Madrid, 1998
- **RUIZ-HUERTA CARBONELL**, J., **PASTOR PRIETO**, S. y **LOSCOS FERNÁNDEZ**, J. Sobre el papel de las disciplinas económicas en los estudios de Derecho. RFDUM 1987-1988.
- **SÁEZ LARA**, C. Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico. RL 1995 – I.
- **SAGARDOY BENGOCHEA**, A. La disminución del rendimiento como causa de despido. RFDUM nº 33, 1968.
  - El despido laboral y los expedientes de crisis. Ediciones Deusto. Bilbao, 1969.
  - Sobre las crisis laborales o económicas: concepto. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y desempleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - Ineptitud, despido y desempleo. RPS nº 89, 1971.
  - La terminación del contrato de trabajo. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1980.
  - Medidas legales en favor del empleo. PEE nº 1, 1980.
  - El despido discriminatorio. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
  - Ineptitud, falta de adaptación y absentismo. RFDUM nº 19, 1996.
  - Control administrativo en el cumplimiento de las normas legales y pactadas. RMTAS nº 3, 1997.
  - Algunas notas sobre los derechos fundamentales en la empresa. En “Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense. Cuestiones actuales de derecho del trabajo y seguridad social”. Madrid, 2002.
- **SAGARDOY BENGOCHEA**, A. y **GIL Y GIL**, J. L. De la estabilidad en el empleo a la empleabilidad. Un Análisis crítico de la evolución del Derecho del Trabajo. En “Reforma laboral y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente”. CGPJ. Madrid, 1996.
- **SAÍZ DE MARCO**, I. Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado. AL nº 12, 2003, versión digital.
  - La impugnación de la inclusión de trabajadores en el despido colectivo. AJA nº 632, versión digital (BIB 2004\763).
- **SALA FRANCO**, T. La movilidad del personal dentro de la empresa. Tecnos. Madrid, 1973.

- El contrato de trabajo a término y el ordenamiento laboral español. RPS nº 99, 1973.
- Las reconversiones industriales y el derecho laboral. RPS nº 102, 1974.
- El realismo jurídico en la investigación del Derecho del Trabajo. En “El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político” (Dir. Rivero Lamas). I Coloquio de Jaca. Universidad de Zaragoza, 1977.
- El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa. En “El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario”. MTSS. Madrid, 1987.
- Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y Derecho español. AL 1987 - II.
- Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez o jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales. RTS nº 12, 1991.
- La denominada ‘Carta de despido’. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
- Las claves para una reforma de la regulación de la movilidad funcional. RL 1993 - II.
- La reforma del mercado de trabajo. CISS. Valencia, 1994.
- La movilidad funcional. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores”. (Coord. Valdés Dal-Re y Casas Baamonde). La Ley. Madrid, 1994.
- Movilidad geográfica. En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Vol 2º. Jornada laboral, movilidad y modificación de condiciones de trabajo”. (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
- El alcance aplicativo del art. 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “Alteraciones en el contenido de las prestaciones y en las condiciones de trabajo”. CDJ XXV. 1996.
- Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.
- La movilidad geográfica. RMTAS nº 58, 2005.
- Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos. AL 2005 – I, versión digital (La Ley 1082/2005).
- **SALA FRANCO, T.** y **ALBIOL MONTESINOS, I.** Derecho sindical. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- **SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C. L.** y **PEDRAJAS MORENO, A.** Los acuerdos o pactos de empresas. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996.
- **SALA FRANCO, T.** y **LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.** La modificación de la prestación de trabajo. Deusto. Bilbao, 1991.
- **SALA FRANCO, T.** y **RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.** El concepto de centro de trabajo (problemas interpretativos del art. 1.5 ETT). AL 1985 - I.
- **SALA FRANCO, T.** y **VICENT CHULIA, F.** El nuevo régimen jurídico de las invenciones laborales. AL 1998 - II.
- **SALCEDO BELTRÁN, M. C.** La naturaleza jurídica de los salarios de tramitación. RTS nº 64, 1996.
- **SALCEDO MEGALES, D.** Elección social y desigualdad económica. Anthropos. Barcelona, 1994.
- **SALIDO BANÚS, J. L.** y **MATEO SIERRA, J. M.** Efectos de los arts. 64 y 66 de la Ley Concursal sobre las relaciones laborales. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez). Marcial Pons. Madrid, 2004.
- **SALINAS MOLINA, F.** La Ejecución en la jurisprudencia constitucional. En “El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Dir. Folguera Crespo). CDJ XVII, 1996.
- **SALVADOR BULLÓN, P.** y **SALVADOR BULLÓN, H.** La teoría del “full employment” o trabajo para todos. MT. Instituto Nacional de Previsión. Madrid, 1953.
- **SALVADOR CODERCH, P.** Presentación a la obra de SCHAFER, H. B. y OTT, C. Manual de análisis económico del derecho civil. Tecnos. Madrid, 1991.
- **SALVADOR CODERCH, P.** y **CASTIÑEIRA PALOU, Mª T.** Prevenir y Castigar. Marcial Pons. Madrid, 1997.

- **SAMPEDRO CORRAL**, M. Extinción causal del contrato a instancia del trabajador. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.
  - La extinción causal del contrato de trabajo a instancia del trabajador. DL n° 45, 1995.
  - El acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo y la reforma laboral de 1997. DL n° 54, 1997.
- **SAMPER JUAN**, J. El despido objetivo. En “Otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores. Extinción individual y extinciones colectivas del contrato de trabajo”. (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1995.
- **SAN MARTÍN MAZZUCCONI**, C. Poderes del empresario y readmisión irregular. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1180).
  - El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Estudio del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores. Aranzadi. Pamplona, 1999.
  - Las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en el despido individual: un análisis jurisprudencial. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1619).
- **SAN MARTÍN RODRÍGUEZ**, F. J. Algunos comentarios a las reformas del desempleo. AJA n° 706, 2006, versión digital (BIB 2006\693).
- **SÁNCHEZ-CERVERA SENRA**, J. M. Las causas de despido en los convenios colectivos. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - Resolución administrativa del expediente de crisis. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
- **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO**, C. Jubilación forzosa mediante pacto “extraestatutario”. Comentario a la STS (Sala 3ª) 25 de enero de 1999. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\241).
  - Ejecución provisional de las sentencias de despido. En “El despido. Análisis y aplicación práctica”. (Coord. Gorelli Hernández). Tecnos. Madrid, 2004.
- **SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA**, Y. Despido improcedente y recursos: garantía de los intereses del trabajador. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
  - “Cargo de confianza” extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario (Comentario a la STSJ de Madrid de 2 julio 1998). ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1046).
  - Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\815).
- **SÁNCHEZ GONZÁLEZ**, M. P. Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula “rebus sic stantibus”. AC n° 30, 23 a 29 julio, 1990.
- **SÁNCHEZ TORRES**, E. El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva. CES. Madrid, 2000.
  - La enfermedad como causa “improcedente” de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia. RL n° 18, 2006.
- **SÁNCHEZ TRIGUEROS**, C. La ineptitud psicofísica como causa extintiva del contrato de trabajo. ASoc 1998, versión digital (BIB 1998\1325).
  - Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados. ASoc n° 17, 2001, versión digital (BIB 2001\1596).
  - Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido. ASoc n° 4, 2004, versión digital (BIB 2004\535).
  - Elección de turno por trabajadores con jornada reducida especial (El caso Leroy Merlin). ASoc n° 4, 2005, versión digital (BIB 2005\1109).
- **SANGUINETI RAYMOND**, W. El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma. RL n° 21, 2004.
- **SANTAMARÍA ANSA**, J. El despido del obrero y del empleado. Ed. Emilio García Enciso. Pamplona, 1936.



- **SANTIAGO REDONDO**, K. M. Movilidad geográfica. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
- **SANTORO PASSARELLI**, F. Nociones de Derecho del Trabajo. Trad. Suárez Fernández. IEP. Madrid, 1963.
- **SANTOS BRIZ**, J. Derecho económico: concepto, caracteres y contenido. IJ n° 311, 1971.
  - Art. 1902. En “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (Dir. Albaladejo). Tomo XXIV. EDERSA, 1989.
  - Daños Morales y su incidencia en el derecho de la circulación. RDP, 1989.
- **SANTOS FERNÁNDEZ**, R. I. Análisis y soluciones alternativas a la discrecionalidad. En “La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral” (Coord. Monereo Pérez). Granada, 1996.
- **SANTOS FERNÁNDEZ**, R. y **TORRENTE GARI**, S. Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimiento de despido colectivo. AL 1995 - I.
- **SANTOS PASTOR**. Una introducción al análisis económico del derecho. HPE n° 89, 1984.
  - Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho. Tecnos. Madrid, 1989.
- **SASTRE IBARRECHE**, R. El derecho al trabajo. Trotta. Madrid, 1996.
- **SCAEVOLA**, Q. M. Código Civil. Tomo XXIV. Parte Segunda. Artículos 1583 a 1664. Reus. Madrid, 1951.
- **SCHAFFER**, H. B. y **OTT**, C. Manual de análisis económico del derecho civil. Tecnos. Madrid, 1991.
- **SCHNORR**, G. La protección contra el despido en Alemania. CPS, n° XVIII, 1953.
- **SCHWARTZ**, P. y **CARBAJO**, A. Teoría económica de los derechos de propiedad. HPE n° 68, 1981.
- **SCHWARTZ GIRÓN**, P. Teoría Económica de los derechos de apropiación. En “La nueva economía en España y Francia”. Forum Universal Empresa. Madrid, 1980.
- **SEGALÉS FIDALGO**, J. Despido de representantes, derecho de opción y contenidos adicionales de creación jurisprudencial. ASoc n° 3, 2003, versión digital (BIB 2003\785).
  - La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC). ASoc n° 17, 2006, versión digital (BIB 2006\1823).
- **SEGALÉS FIDALGO**, J. y **ZAPIRAN BILBAO**, A. Discrecionalidad empresarial y encubrimiento de decisiones anticonstitucionales. Consideraciones acerca de la prueba de indicios. ASoc n° 17, 2003, versión digital (BIB 2003\1496).
- **SEGOVIANO ASTABURUAGA**, M. L. Continuidad de la actividad empresarial. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004.
- **SEGURADO**, A. Problemas del Paro forzoso. Boletín Ministerio de Trabajo y Previsión Social, n° 62 y 63, 1935.
- **SELLAS I BENVINGUT**, R. Las causas objetivas y Colectivas de Extinción de la Relación Laboral. Aranzadi, 2000.
- **SEMPERE NAVARRO**, A. V. Resolución del vínculo laboral y período de prueba. REDT n° 6, 1981.
  - La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo. REDT n° 19, 1984.
  - La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. RL 1989 – II.
  - Altos cargos y garantías por cambio de empresario. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1422).
  - La reforma del despido en el Derecho español: balance y perspectivas de futuro. DL n° 50, 1996.
  - El plazo del empresario jubilado para extinguir los contratos de sus trabajadores (Comentario a la STSJ Andalucía-Granada 16 junio 1997). ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\853).
  - Despido por ausencias basadas en cumplimiento de pena judicial que no impone privación de libertad. ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1256).

- Un nuevo posicionamiento sobre la causa económica en los despidos (Comentario a la STSJ Navarra 28 de noviembre 1997). ASoc 1997, versión digital (BIB 1997\1272).
- Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación. En “Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario” (Coord. Gárate Castro). Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1997.
- La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores. ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\2067).
- Una “Reforma” vigésimosecular. (A propósito del Real Decreto-Ley 5/2001). ASoc nº 1, 2001, versión digital (BIB 2001\418).
- La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET. ASoc nº 9, 2001, versión digital (BIB 2001\988).
- Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas. ASoc nº 7, 2002, versión digital (BIB 2002\998).
- La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica. ASoc nº 41, 2002, versión digital (BIB 2003\11).
- Despido de trabajadora embarazada. Vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE. AJA nº 567, 2003, versión digital (BIB 2003\71).
- Transmisión empresarial e indemnización por despido previo (Comentario a la STS de 15 de julio 2003). ASoc nº 19, 2003, versión digital (BIB 2003\1248).
- La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales. RMTAS nº 58, 2005.
- Diferencias entre tiempo de salarios de tramitación y de prestación de servicios. Comentario a la STS de 21 de octubre de 2004. ASoc nº 30, 2004, versión digital (BIB 2005\245).
- La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas. ASoc nº 4, 2005, versión digital (BIB 2005\1095).
- La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales. ASoc nº 5, 2005, versión digital (BIB 2005\1145).
- Contenido sociolaboral de la Ley de presupuestos para 2006 y normas concordantes. ASoc nº 21, 2005, versión digital (BIB 2005\2733).
- Incapacidad laboral larga y recurrente. RPJUR nº 33, 2005, versión digital (BIB 2005\2736).
- Alcance de la garantía representativa de permanencia frente a despidos colectivos o plurales. Comentario a la STS de 30 de noviembre 2005. RPJUR nº 16, 2006, versión digital (BIB 2006\1217).
- Cómputo de ‘las cuarenta y ocho horas siguientes al despido’ y salarios de tramitación. Comentario a la STS 26 de octubre 2006. Repertorio de Jurisprudencia nº 24, 2006, versión digital (BIB 2006\1723).
- **SEMPERE NAVARRO, A. V. y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.** Invocación genérica de la causa de despido por ineptitud por exigencia del respeto a la intimidad del trabajador. Comentario a la STS u.d. 22 de julio 2005. RPJUR nº 31, 2005, versión digital (BIB 2005\2714).
- **SEMPERE NAVARRO y BUENDÍA JIMÉNEZ.** El carácter tasado de la indemnización por resolución del contrato de trabajo. ASoc nº 14, 2004, versión digital (BIB 2004\1521).
- **SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M.** Contrato eventual ligado a subvención pública para nueva actividad y sucesivas vinculaciones temporales. ASoc nº 18, 2004, versión digital (BIB 2004\1574).
- **SEMPERE NAVARRO, A. V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.** Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa. ASoc nº 10, 2001, versión digital (BIB 2001\1007).
- **SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J.** La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización. RL 1994 – I.
  - Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas (Comentario a la STSJ Canarias-Las Palmas 9 julio 1996). ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1432).

- El ajuste de la noción de modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la reforma laboral (Comentario a la STSJ Murcia 15 de marzo 1986). ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1406).
- Reducción de jornada y situación legal de desempleo. ASoc 1996, versión digital (BIB 1996\1427).
- **SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.** El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Aranzadi. Pamplona, 2001.
  - La indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo. Aranzadi. Pamplona, 2003.
- **SEN, A. K.** Elección colectiva y bienestar social. Trad. Elías Castillo. Alianza. Madrid, 1976.
- **SENNETT, R.** La corrosión del carácter. Anagrama. Barcelona, 2000.
- **SENRA BIEDMA, R.** Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Alarcón Caracuel). Marcial Pons. Madrid, 1994.
  - Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial. RL 1995 - I.
- **SENRA BIEDMA, R. y SÁNCHEZ TORRES, E.** Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 17/2003, de 30 de enero. RL 2005 – I.
- **SERRANO ARGÜESO, M.** Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas. ASoc nº 20, 2004, versión digital (BIB 2005\486).
- **SERRANO CARVAJAL, J.** El despido de colectivos mayores: procedimiento y efectos. En “Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo”. Universidad Complutense. Madrid, 1996.
- **SERRANO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>.** La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o derecho dispositivo? RL 1998 – I.
  - El plan social en los Despidos Colectivos. Lex Nova. Valladolid, 2002.
- **SERRANO OLIVARES, R.** La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. RL 1997 - II.
  - A propósito de carácter indisponible de la indemnización por despido colectivo (Comentario a la STSJ País Vasco 15 de junio 1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\1354).
  - Lugar de Trabajo, Domicilio y Movilidad Geográfica. CES. Madrid, 2000.
- **SIERRA HERRAIZ, E.** Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo. ASoc 1998, versión digital (BIB 1999\378).
- **SIERRA HERRERO, A.** Extinción del contrato por voluntad del trabajador (jurisprudencia en unificación de doctrina sobre el art. 50 TRET). AL nº 6, 2007.
- **SOLÀ MONELLS, X.** El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva. En “Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual”. Lex Nova. Valladolid, 2001.
  - La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales. La Ley. Madrid, 2002.
  - La situación legal de desempleo por reducción de jornada. En “Desempleo”. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Oviedo, 23 y 24 de mayo de 2003. MT. Madrid, 2004.
  - Arts. 45 a 48. En “Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia (Dir. Del Rey Guanter)”. La Ley. Madrid, 2005.
  - La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **SOSA MANCHA, M. T.** La emergencia del Contrato de trabajo (La codificación civil y los proyectos de ley de contrato de trabajo: 1821-1924). Civitas. Madrid, 2002.
- **SOUTO PRIETO, J.** Traslado del centro de trabajo. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.
  - Los pactos de movilidad funcional. En “Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo” (Dir. Martínez Emperador). CGPJ. Madrid, 1994.

- Movilidad funcional (funciones equivalentes, inferiores y superiores). En “la nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo” (Dir. Calvo Ibarlucea). CGPJ. Madrid, 1995.
- **STIGLER, G.** La aplicación óptima de las leyes. ICE nº 541, 1978 - III.
  - Memorias de un economista. Espasa Calpe. Madrid, 1992.
- **STIGLITZ, J. E.** Principios de Microeconomía. Ariel Economía, 1994.
- **SUÁREZ GONZÁLEZ, F.** El origen contractual de la relación jurídica de trabajo. CPS nº 48, 1960.
  - Concepto técnico-jurídico del despido. RDP, 1961.
  - Notas en torno al artículo 76, apartado 9.º, de la Ley del Contrato de Trabajo. RDT nº 45, 1961.
  - Apuntes sobre la causa del contrato. RT nº 6, 1961.
  - La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario. RPS nº 56, 1962.
  - La diferencia entre los conceptos de imposibilidad y de excesiva onerosidad sobrevenidas en el contrato de trabajo. RGLJ, 1964 - I.
  - Los orígenes de la Seguridad Social. En “Diez Lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1964.
  - La terminación del contrato de trabajo. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1967.
  - La estabilidad en el empleo. RPS nº 70, 1966.
  - La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo. RPS nº 85, 1970.
  - El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto. En “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.
  - El derecho del trabajo en la Constitución. En “Lecturas sobre la Constitución española” (Coord. Fernández Rodríguez). UNED. Madrid, 1978.
  - Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores. Círculo de Empresarios - Pirámide. Madrid, 1980.
  - La extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
  - La modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Puntos críticos. AL nº 15, 2003 (versión digital).
  - La huelga en el Derecho español. En “La huelga hoy en el derecho social comparado (Ed. Antonio Marzal). J. M. Bosch Editor – Esade Facultad de Derecho. Barcelona, 2005.
- **SUPIOT, A.** Crítica al Derecho del Trabajo. MTAS. Madrid, 1996.
- **TABOADA ROCA, M.** Problemas que plantea el art. 79 de la Ley de contrato de trabajo. Revista de Legislación y Jurisprudencia: Foro Gallego, año VIII, nº 69 y nº 70, 1950.
- **TALLADA PAULÍ, J. M.** El ciclo económico y el paro forzoso. RT nº 1, 1945.
- **TAPIA HERMIDA, A.** Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en las ‘transmisiones’ de empresas: doctrina general y sucesión de contratos. RTSS - CEF nº 279, 2006.
  - Abuso en la contratación temporal. la ‘sucesión’ de contratos de trabajo de duración determinada. RTSS – CEF nº 287, 2007.
- **TASCÓN LÓPEZ, R.** La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción. Comares. Granada, 2005.
- **TERRAZA MARTORELL, J.** Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula rebus sic stantibus. Bosch. Barcelona, 1951.
- **TOHARIA CORTÉS, L. y MALO OCAÑA, M. A.** Las indemnizaciones por despido: su origen, sus determinantes y las enseñanzas de la reforma de 1994. DL nº 51, 1997.
- **TOMÁS CARPI, J. A.** El enfoque de los ‘property rights’: una revisión crítica. HPE nº 89, 1984.
- **TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.** Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo. RMTAS nº 33.

- **TORRES ANDRÉS, J. M.** Pasado, presente y futuro del Derecho laboral sustantivo. Instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina jurisprudencial. En “Derecho Laboral del Siglo XXI”. Estudios de Derecho Judicial nº 118. CGPJ. Madrid, 2007.
- **TORRES LÓPEZ, J.** Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal. Tecnos. Madrid, 1987.
- **TORTUERO PLAZA, J. L.** Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica ‘versus’ institución jurídica. En “La suspensión del contrato” (Dir. Marín Correa). CDJ XXX, 1994.
  - La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas. RTS nº 44/45, 1994.
- **TOSCANI JIMÉNEZ, D.** Relaciones y prelación de la ineptitud con la incapacidad permanente y la incapacidad temporal. DL nº 75, 2005.
  - El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios. Versión digital (www.tirantonline.com, TOL 868101).
  - El despido por ineptitud sobrevenida tras la denegación de la situación de incapacidad permanente. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
  - La ineptitud sobrevenida por revocación de habilitación profesional (especial referencia al permiso de conducir de los transportistas) y su tratamiento en la negociación colectiva. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
  - La necesidad de reabrir el debate de la nulidad de los despidos arbitrarios o en fraude de ley. RTSS – CEF nº 292, 2007.
- **TOVILLAS ZORZANO, J.** Sobre el incidente de indemnización de daños y perjuicios por la no readmisión. RPS nº 92, 1971.
  - Formalización del despido y subsanación de la falta del requisito formal. RPS nº 98, 1973.
  - El régimen jurídico del despido en España. Bosch. Barcelona, 1974.
  - Causas de terminación del contrato de trabajo independientes de la voluntad de los sujetos que afectan a la extinción de los mismos. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
  - Las alteraciones en el contenido del contrato de trabajo. RJC nº 2, 1995.
  - Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción. RL 1995 - II.
- **TRONCOSO Y REIGADA, M.** Algunos problemas que suscitan las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas. REDT nº 46, 1991.
- **TUDELA CAMBRONERO, G.** Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores. En “Estudios sobre el despido disciplinario”. 2ª Edición. ACARL. Madrid, 1992.
- **TUSELL GÓMEZ, J.** Historia Política Social y Contemporánea. Volumen II. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1996.
- **URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.** Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (Comentario al ATS 15 septiembre 2004). ASoc nº 1, 2005, versión digital (BIB 2005\801).
- **VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.** La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. CES. Madrid, 1996.
  - El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales: la superación de una asignatura pendiente. En “La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social (Dir. Valdés Dal-Ré). Lex Nova. Valladolid, 1997.
- **VALDÉS DAL-RÉ, F.** La ruptura del principio de Correspondencia Función-Categoría por Ejercicio del Ius Variandi Empresarial. RPS nº 103, 1974.
  - Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo. RPS nº 117, 1978.
  - Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral. RL 1993 - I.

- Los despidos por causa económica. En “La reforma del mercado laboral”. Lex Nova. Valladolid, 1994.
- Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica. RL 1994 - I.
- La movilidad funcional. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
- La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales. RL 1998 - II.
- Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo (A propósito de la reforma de la legislación sobre transmisión de empresa) I y II. RL 2000 - II.
- La transmisión de empresa y las relaciones laborales. MTAS. Madrid, 2001.
- Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado. RL 2001 - I.
- Las garantías colectivas en la transmisión de empresa. RL 2002 - I.
- El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (I y II). RL nº 3 y 4, 2004.
- El Derecho del Trabajo en la Segunda República. RL nº 8, 2006.
- **VALDÉS DE LA VEGA, B.** Individual y Colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional. En “La reforma laboral de 1994” (Coord. Baylos Grau). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.
- **VALLBÉ ANSESA, R. y VEGAS RONDA, C. A.** La prueba de la nueva ocupación y su retribución del trabajador despedido. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **VALLE MUÑOZ, F. A.** La intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión empresarial de movilidad funcional “ex” artículo 39 del ET. En “La modificación del contrato de trabajo” (Coord. Martínez Abascal). Ibidem. Madrid, 1997.
  - La Protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares. Colex. Madrid, 1999.
- **VALLEJO DACOSTA, R.** Modificaciones de las condiciones de trabajo. CES. Madrid, 2002.
- **VALLEJO MUGURUZA, J. M.** La fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo, especialmente en el Estatuto de los Trabajadores. En “Los Convenios Colectivos y la Extinción del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (Ponencias, comunicaciones, actas y conclusiones del I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre de 1980). Madrid, 1981.
- **VALVERDE ASECIO.** La limitación del despido por ineptitud sobrevenida o falta de adaptación en los supuestos de movilidad funcional. AS 1997, versión digital (BIB 1997\994).
- **VAQUERO GARCÍA, A.** Incentivos y desincentivos a la búsqueda de empleo. Análisis económico de la prestación por desempleo. CES. Madrid, 2002.
- **VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I.** El informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo. REDT nº 71, 1995.
- **VÁZQUEZ MATEO, F.** En torno a la teoría del riesgo de Empresa. RDT nº 8, 1954.
- **VÁZQUEZ RICHART, J.** Extinción del vínculo laboral y actuación disciplinaria. Reus. Madrid 1956.
- **VÁZQUEZ VIALARD, A.** La aplicación de la excepción de incumplimiento de contrato en la relación laboral. REDT nº 24, 1985.
- **VELASCO PORTERO, M. T.** El despido de la trabajadora víctima de violencia de género. En “La extinción del contrato de trabajo (Dir. Pérez Amorós)”. Bomarzo. Albacete, 2006.
- **VICENTE DOMINGO, E.** Los daños corporales: tipología y valoración. Bosch. Barcelona 1994.
- **VICENTE PALACIO, A.** Transmisión de empresa y concesiones administrativas: necesidad de que la concesión lleve aparejada la entrega de la infraestructura empresarial básica. (Comentario a la STSJ de Cataluña de 3 de mayo 1999). ASoc 1999, versión digital (BIB 1999\976).
  - La dotación presupuestaria como justificativa de los contratos para obra o servicio determinado en perjuicio de la contratación fija discontinua: matizaciones a la doctrina

reiterada del Tribunal Supremo admitiendo la adecuación del contrato para obra o servicio determinado para las campañas de detección de incendios. ASoc nº 11, 2002, versión digital (BIB 2002\1569).

- **VIDA SORIA, J.** La suspensión del contrato de trabajo. IEP. Madrid, 1965.
  - La configuración jurídica general de la suspensión del contrato de trabajo. RPS nº 70, 1966.
  - La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado. En “Dieciséis Lecciones sobre causas de despido”. Universidad de Madrid – Facultad de Derecho. Madrid, 1969.
  - La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. RTS nº 44/45, 1994.
  - Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (comentario a las modificaciones de los arts. 45.1.j y 47 del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo). En “La reforma del Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. El despido” (Dir. Borrajo Dacruz). EDERSA, 1994.
  - El nuevo régimen jurídico de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En “El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos” (Coord. Borrajo Dacruz). Actualidad Editorial, 1995.
  - La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. RTS nº 61, 1996.
- **VILLAR PALASÍ, J. L.** La intervención administrativa en la industria. IEP. Madrid, 1964.
- **VIQUEIRA PÉREZ, C.** La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario. Civitas. Madrid, 1994.
  - Interrupción y suspensión del contrato con motivo de la adopción de un hijo. 2003. Versión digital ([www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL 636684).
  - El régimen jurídico de la suspensión contractual a ‘tiempo parcial’. RL nº 5, 2006.
- **WINCH, D. M.** Economía analítica del bienestar. Trad. Dorrego González. Alianza. Madrid, 1975.
- **ZARANDIETA, E.** Las Leyes Sociales interpretadas por el Tribunal Supremo. Reus. Madrid, 1934.